كتاب الأجوبة

تأليف أبي القاسم بن محمّد مرزوق بن عظوم المرادي
(كان حيّا سنة 1009 هـ/ 1601 م)

الجزء الرّابع

تحقيق وتقديم
محمّد الحبيب الهيلة

المجمع التونسي للعلوم والآداب والفنون
«بيت الحكمة»

كتاب الأجوبة لأبي القاسم بن عظّوم (ج 4) / محمّد الحبيب الهيلة
تونس : المجمع التونسي للعلوم والآداب والفنون «بيت الحكمة» 2006
(تونس : مطبعة علامات) 408 ص، 24 سم ـ مسفّر.
ر.د.م.ك. : 8 ـ 027 ـ 49 ـ 9973 ـ 978

سحب من هذا الكتاب 700 نسخة في طبعته الأولى

© جميع الحقوق محفوظة للمجمع التونسي
للعلوم والآداب والفنون «بيت الحكمة»
قرطاج، 2006

[1 ب] بسم الله الرحمان الرحيم* اللهم صلّ على سيدنا ومولانا محمد وآله وصحبه وسلم[1].

1) جاء هذا الجزء رابعا في ترتيب النسخة الأساسية التي حُفظتْ بدار الكتب الوطنية بتونس (رقم 4584). ولم نجد على بداية النسخة ولا في نهايتها ما يحدّد رقم الجزء، إلاّ أنه وردت ضمن نص المخطوط إحالات متعدّدة إلى أجزاء مثل الرابع والخامس والسادس كما وردت فيه نصوص تذكر أن هذا الجزء هو السابع في حين أن الجزء السابع يأتي بعد الخامس والسادس من هذه النسخة الأساسية التي أشرنا إليها سابقًا (رقم 4584) وفي هذا الجزء السابع الثاني ما يدل على أنه السابع أيضا. إلاّ أننا نلاحظ أن مثل هذا الخلط يقع في أغلب أجزاء المخطوط. والقارئ لجملة نصوصه يلاحظ أن أجوبة عظوم غير مرتبة ترتيبًا زمنيًا تاريخيًا وأن النسخ التي بين أيدينا ليست تامة الترتيب من المؤلف . ويمكن أن نفهم من الخلط الذي أصاب النسخ التي ليست بخط المؤلف أنها عبارة عن فتاوى وأجوبة جُمعتْ جذاذاتها وأوراقها على غير ترتيب ولا نظام معيّن مما يمكن أن يسبّب هذا الخلط. وعلى الرغم من توافر النصوص التي تشير إلى أن هذا الجزء هو السابع فقد وجدنا فيه نقولاً من الجزء الثامن ، كما وجدنا في الجزء الخامس نقولاً من السادس والسابع، وفي السادس نقولا من السابع، وفي الثامن نقولا من التاسع والعاشر . وأمام هذا الخلط اجتهدنا وفضّلْنا أن يكون هذا الجزء في الترتيب رابعًا حسب ترتيب النسخة الأساسية، وذلك تلافيًا لمحظوريْن هما أن يصدر الكتاب بجزأيْن سابعيْن أو أن يُطبَع بدون جزء رابع ، خاصة ونحن لم نعثر على جزء رابع، فاجتهدنا ورجّحنا أن يكون هذا الجزء هو الرابع، وعلى هذا الأساس حقّقناه.

سألني ساسي ابن التاجر حميدة ملاّك في أوائل محرم فاتح شهور عام ألف [1000 هـ / أواسط أكتوبر 1591م] من الهجرة المحمدية صلى الله على صاحبها وسلم تسليما عن نسخة تقييد بعد افتتاحه: قال محمد شعيب الجرائحي: إن الشاب ساسي بن أحمد ملاّك كان طلب منه أن يأتي إلى دار سكناه الآن قرب كتاب الوزير المعروفة بدار عاشور لمداواة زوجته. قال: فأتيتُ الدار المذكورة وأدخلني البيت القبلي منها ومعي كِتابٌ في الطب مجلد وكراسان أحدهما من كتاب الشريف الصقلي والآخر في معاناة البواسير، نعوذ بالله تعالى، قال: فداويتُ زوجته وهو حاضر وخرجتُ من البيت فتذكرتُ الكتاب وأنا عند باب البيت فطلبتُ ساسي فيه فامتنع من أدائه إليّ ولم يزل تحت يده إلى الآن، وذاك منذ نحو ستة أشهر فارطة عن التاريخ. قال: أطلب منه اعترافه بذلك وجوابه بالشهادة. شهد على إشهاده بذلك في الحال الجائزة شرعا أواخر شهر الله محرم عام سبعة وتسعين وتسعمائة [997 هـ / أواسط ديسمبر 1588 م] بمعرفته وليس له دعوى عدا ذلك. مسعود فتاته.

وتحته نسخة جوابه: الحمد لله، أجاب ساسي المسؤول المذكور أعلاه عما قُيّدَ عليه أعلاه بعد اعترافه بسماعه وفهمه بإنكار أن يكون تحت يده الكتاب المذكور أو يكون عنده منه علم، الإنكار التام. هذا ما أجاب به شهد علىٰ إشهاده بذلك في الحال الجائزة أواخر ذي الحجة

الحرام عام تسعة وتسعين وتسعمائة [999 هـ / أواسط أكتوبر 1591 م] بمعرفته، مسعود فتاتة.

ونص السؤال بعد افتتاحه: جوابكم بعد تأملكم من التقييد المذكور أعلاه وأن السائل حصر دعواه كما ترونه، وأجابه المسؤول بالإنكار كما ترونه، ثم بعد جواب المسؤول بالإنكار أراد السائل أن يحوّل الدعوى المذكورة على زوجة المسؤول وتحليفها فهل له ذلك أولا؟ وهل إذا أراد المسؤول المذكور قلب يمين الإنكار على السائل له ذلك أم لا؟ جوابكم تؤجروا، والسلام.

فأجبتُ بما نصه: وعليكم السلام ورحمة الله تعالى وبركاته. الحمد لله، تأملتُ النسختين والسؤال المسطورة أعلاه وإذا كان الأمر كما ذكر فقول الطالب وهو المدّعي في تقييده ولم يزل تحت يده إلى الآن يمنعه من تحويل دعواه بالكتاب على زوجة المطلوب، حتى أنه لو أقام بينة بأنه تحت يدها لما قبلت منه أنه قد أكذبها بقوله المذكور. لأن القاعدة أن «الإقرار بسبب يستلزم إنكار ضده» وللمطلوب قلب يمينه على الطالب ويغرم له بتمام حلفه. والله تعالى أعلم، وبه التوفيق.

تذييله، إنما منع محمد شعيب الطالب المذكور من تحويل دعواه الكتاب على زوجة [2 أ] ساسي المطلوب لأنه قال في تقييده: ولم يزل الكتاب المذكور تحت يد ساسي إلى الآن منذ ستة أشهر فارطة، فهذا القول يمنع التحويل لأن بقاءه تحت يد ساسي المدة المذكورة إلى تاريخ تقييده ينافي كونه تحت يد زوجته إذ لا يكون الشيء الواحد بالشخص عند مطلوبين في وقت واحد.

وأيضا ولو لم يقل محمد شعيب هذا اللفظ في تقييده لما ساغ له التحويل لما نقله الشيخ البرزلي في الورقة السادسة والثلاثين من أقضيته

عن أحكام الشيخ أبي المطرف المالقي أنّ مَن ادعى مائة على رجل فتقوم له بينة بمائة وعشرين فيدعي بها ويرجع عن دعواه الأولى توهم أو غلط أو أنها. . .[1] عليه ولم يقلها. فأفتى الشيخ اللؤلؤي بأنه مكذب لبينة المائة وعشرين، انتهى. قلت: ولا فرق بين تحويل الدعوى في المدّعى به وفي المدّعى عليه.

قلت: وأوعبتُها في أولى الجزء الخامس و في ثانية إقرار برنامج الشوارد. ومن هذا الأصل اضطراب دعوى المدمّي في شخصيْن يكذب تدْمِيتَه في الورقة الثامنة والثلاثين ومائة من الأول. واعرف حادي عشرين من محرم الحرام فاتح شهور عام تسعة وألف [1009 هـ / 24 جويلية 1600 م] والله تعالى أعلم، وبه التوفيق.

الحمد لله، في ثامنة عيوب حاشية الوانوغي ما نصه: قلت قال أبو مروان بن مالك -رحمه الله تعالى- وصوّبه ابن سهل إن المدونة وغيرها لتنبئ بأن جهل موضع الغائب كالمعرفة بتفاحش بعده أو أشد. قال ابن سهل: وعليه تدل المدونة في مسائل المفقود وغيرها.

قال في سماع عيسى من الكفالة في من تحمّل عن ابنه لامرأته بصداقها أو تحمّل به أجنبي فغاب الزوج قبل البناء بها فطلب أهلها الحَمِيلَ إن كان الزوج قريب الغيبة بعث إليه وإن كانت بعيدة أو لا يُدرَى حيث هو ولا يُعرف موضعه أخذ من الحَميل صداقها ولم يضرب له في ذلك أجل يريد للغائب في انتظاره. فهذا نص في المجهول المكان أنه كالبعيد الغيبة. وفي كتاب التفليس في رسم الجواب في مَن قام عليه غرماؤه وهو غائب، إن كانت قريبة ولا يعلم ملاؤه من عُدْمِه كتب في ذلك وكشف عنه حتى يفلّس ويأخذ أصحاب السلع سلعهم أو لا

1) كلمة غير مقروءة بالأصل.

يفلّس. وإن كانت غيبته بعيدة ولا يعرف ملاؤه من عُدْمِه أو عُرف ولا يُدْرى أين هو ولا يُعرف موضعه فهو بمنزلة التفليس. وهذا نصٌ آخر للوانوغي : ولم يتكلم ابن رشد على هاتين الروايتين بشيء يرجع إلى هذا المعنى، انتهى من حاشيته.

الحمد لله، سألني بلقاسم بن محمد بن علي عُرِف قَمَرًا من سوسة في أواسط محرم الحرام فاتح شهور عام ألف واحد [1001 هـ / أواخر أكتوبر 1592 م] من الهجرة المحمدية -صلى الله على صاحبها وسلم تسليما- عن نسخة رسم صلح نصه بعد افتتاحه: بعد أن توفي إبراهيم ابن بلقاسم بوصفارة الهواري عن الثلث غير عُشره شائعا من السانية الكذا المعروفة بسانية ابن محمد الطويلي المشجّرة بالزيتون قبلي سوسة يحدها كذا وكذا، وعن مثل ذلك شائعًا من جميع السويْنية الأرض البيضاء ذات البئر المعينة المحادِدَة للأولى من جوفيّها يحدّها كذا وكذا، وعن مثل ذلك شائعا من جميع الشِّراك الأرض البيضاء يحده كذا وكذا، وعن مثل ذلك [2 ب] شائعا أيضا من جميع المَطيرة الأرض البيضاء المعروفة بمطيرة الأرجاقنو[1] محيط بها سانية الحبس من جهاتها. فورث ذلك عنه مع جملة أملاك له غيرها زوجه فاطمة بنت محمد بوعجينة وولداه من غيرها الشقيقان أحمد وأمة الواحد. وأوصى بثلث مخلّفه لحفيده للابن محمد بن ولده محمد المتوفى قبله لا غيرهم.

ثم توفي الحفيد الموصى له فورثه والدته أمة الرحمن بنت حسن بوشعالة القرشلي وأختاه للأم مسعودة و. [2] وعصّبه عمه أحمد والد الأختين للأم المذكورتين لا غيرهم ثم توفيت. [3]

1) نبات يُتداوى به. ذكره ابن البيطار في الجامع لمفردات الأدوية والأغذية ج 1 ص 27 ـ 28 باسم أرجنْقنة.
2) بياض بمقدار كلمة في الأصل.
3) بياض بمقدار كلمة في الأصل.

فأحاط بإرثها أبواها أحمد وأمة الرحمان المذكوران لا غيرهما. ثم توفّي أحمد المذكور فورثه زوجاته أمة الرحمان شعّالة المذكورة وأمة العزيز عطية وسليمة الجربية وابنتاه المنفردتان مسعودة بنت أمة الرحمان شعّالة وفاطمة بنت أمة العزيز عطية وعصَّبه شقيقته أمة الواحد. وأوصى بثلث مخلفه لحفيده للأخ علي ابن شقيقه فتح الله لا غيرهم حسبما الوصيتان في غير هذا شهادة أول شهديه ومعه غيره. والوفاة والوارثة في علمه ومن معه. وصار الثلث غير ما ذكر من الأملاك المذكورة بين ورثة أحمد بن إبراهيم المذكور على نسبة الميراث بينهم لخلوص ذلك لمورثهم بالقسم مع من شاركه في وراثة أبيه كما هو بشهادة أول شهيديْه. ثم قام الآن على الورثة المذكورين بعض مَن له شرك في الأملاك المحدودة وهو بلقاسم بن محمد بن علي قمر المنسوبة إليهم السانية المذكورة وادّعى أنها وما سُمّي معها من القطع الثلاث المحدودة المذكورة ملكه وملك آبائه قبله، وأن جميع مَن له الآن شرك في الأملاك إنما صار له بالميراث إما من جهة أبيه محمد أو من جهة جده علي المذكوريْن.

قال: وإن إبراهيم بوصفارة أجنبي عنا لا يستحقّ شيئا بالوراثة وإنما كان دخل معنا في الأملاك المذكورة في قائم حياته بشراءيْن اثنين أحدهما من شقيقي منصور شريكي في وراثة أبي، والثاني من وارث عمّتي مباركة شريكة أبي في وراثة أبيه علي الجد المذكور. وأني كنتُ زمن الابتياع طلبتُ المشتري بالشفعة في حقه وحق أختٍ لي بكر مهملة في ما هو خاص بنا من ذلك وفي ما يعمّنا مع سائر الورثة فامتنع من ذلك وبسط يده على ثلث الأملاك ولم يطلعنى على ما بيده من الشراء ولم نعرف قدر العوض ولا المعوض. ووقع بيني وبينه خصام كبير وامتنع مني وتصوَّن عني بمَن له جاهٌ وصار يتصرف معنا في الثلث.

وطلب بلقاسم القائم المذكور مرافعة الورثة المذكورين للتحاكم، فظهر أن الأختين للأب مسعودة وفاطمة بنتي أحمد بن إبراهيم المذكور بحال صغر وأن كل واحدة منهما لنظر أمهما بالإيصاء التام من قبل أبيهما كما ظهر أن عليا الموصى له بحال صغر أيضا وأنه لنظر زوج أمه محمد ابن محمد العروي بالتقديم الشرعي. ووكلتْ كل واحدة من النسوة الأربع وكيلاً يدافع عنها القائم المذكور وكالة خصام. فأمة الرحمان وكّلتْ في حقها وحق ابنتها مسعودة قريبها سعيد بن عمر العيوني، وأمة العزيز عطية وكّلتْ في حقها وحق ابنتها فاطمة لنظرها شقيقها الشاب محمدا، وأمة الواحد صفارة وكّلتْ زوجها فتح الله بن القاسم الجنان، وسليمة الجربية وكلتْ [3 أ] عمر الرعيني. كما وكلت مباركة البكر العانس المسنَّة شقيقة بلقاسم القائم المذكور عليّا بن سلامة الزلوفي اللواتي القلعي ينوب عنها في طلب حقها والقيام بحجتها بالخصام أيضا حسبما الإيصاءيْن والتقديم والتوكيلات كل منها ينفرد بشهادة أول شهيديْه ومثله غيره وقف عليه الثاني. ثم ترافع الفريقان لدى مَن يجب وأدْلى بلقاسم قمر ووكيل شقيقته مباركة بالدعوى المذكورة وأوقفوا الوكلاء والمقدم على ذلك وسألوهم من أين صار لمورث من آبائكم ثلث هذه الأملاك ومن أين دخل إليها وهي ملكنا ولا تُعرف إلاّ بنا وبأوائلنا.

فأجابوا بأنا لا علم لأحد منا ولا للورثة بالوجه الذي صارت به إليه وأنتم المطلوبون بذلك والملك ملك إبراهيم بوصفارة وحوزه اعتمده في قائم حياته مدةً تزيد على ثلاثين عاما وتصرّف فيه معك وبحضرتك وحضرة أختك وأنت قسيمه في الأملاك وشريكه فيها هذه المدة كلها وكذلك أختك. فلا تُسمَع لكما دعوى بعد هذه الأعوام المذكورة لا في استحقاق ولا في شفعة لانقضاء الأمد الموقّت لذلك كله شرعا. وما زعمتَ أنّ مورّث موكلنا كان في قائم حياته قد استطال عليك

ومنعك حقك فهذه دعوى منك بعيدة. فقال بلقاسم القائم: إني كنت خاصمت مورّثكم في ذلك مرات متعددة ولمّا تمنّع عني بمن له مقدرة أودعتُ سرًا عند شاهد عدل كان مطلعا على حالي عارفا بقضيتي بأن سكوتى عن الكلام في الشفعة أو في جميع ما يتعيّن لي من حـق عند إبراهيم مورثتكم إنما هو خوفًا من إضرار مَن اتّقَيْتُه ولِمَا رأيتُ من تحامل المشتري به عليّ حتى خِفتُ مرة وقوع المكروه منه بنفسي، فأودعتُ أني غير تارك لمطلبي متى أمكنني ولا يضرّ سكوتي في بعض الأعوام مع قيام المانع. ثم استظهر برسم الإيداع المذكور فوجد ناقصا لخلوه من ذكر السبب لم يضمّن شاهده معرفة التقية فادعى أن له بينة تشهد له بالتقية. فأجّل فأثبتها ببينة استرعاء كما يجب. وطال النزاع بين الفريقين وكثرت الدعاوى والبينات واضطربت وتفاقم الأمر إلى أن استظهر المطلوبون برسمين اثنين أحدهما يتضمّن أن مورّثهم اشترى من منصور شقيق بلقاسم القائم جميع ربع الأملاك المذكورة بثمانية عشر دينارًا دراهم بشهادة عدلين من عدول سوسة مؤرخ بأوائل ربيع الثاني من عام تسعة وخمسين الفارط [959 هـ / أواخر مارس 1551م] والآخر يتضمن أنه اشترى جميع سهام مباركة عمة القائم وهو السدس من جميع الأملاك ممن صار له السهام المذكورة بالوراثة بأربعين دينارًا ذهبًا سلطانية ستينية في الصرف، بشهادة عدلين من عدول البلد المذكور أيضا. مؤرخ ببعض أشهر عام سبعة وسبعين الفارط [977 هـ / 1589م] وقف عليهما شهيداه.

ونازعوا القائم بالرسميين المذكورين وطلبوا منه استيفاء الحظ المبيع الذي تضمناه وقالوا: إن مورثنا كان في قائم حياته تصرّف أولاً معكم في الأملاك بربع شائع فيها من لدن تاريخ الابتياع الأول إلى أن ابتاع السدس الذي تضمنه عقد الابتياع الثاني فتصرّف بعد ذلك بالثلث مدةً

نحوًا من ثمانية عشر عاما فارطة إلى أن توفي عام أول وانتقل الحق إلينا وقد كشف لنا الغيب الآن [3 ب] أن ما صار لنا بالابتياع أكثر مما في أيدينا.

وقد يكون مورثنا تصرف أولا معكم بالثلث وربعه على مقتضى ما بيـده ثم ضاعت رسومه فسامحكم بأكل الثلث. وها هي الرسوم الآن قد وُجدتْ ومَن مات عن حق فلورثته أو يكون مورثهم بوصفارة لا يعلم مقدار ما يصير له بالشراءيْن ولا يعرف مبلغه جهلا منه أو غفلة. فادعى أبو القاسم القائم ووكيل شقيقته المذكوران معا أن الرسمين فاسدان، قالا: لأن كل واحد من البائعين باع أكثر مما يستحقه بالوراثة في الأملاك المذكورة بكثير. فإن السانية وما ذكر معها استقرتْ على ملك الأخويْن علي الجد المذكور وشقيقه منصور بالسواء بينهما.

ثم إن منصور غاب عن سوسة في ماضي السنين لمدة نحو من أربعين عاما فارطة واستوطن مدينة تونس ثم انتقل منها إلى جبل القارصة فأقام به مدة ثم فُقِد وانقطع خبره وإلى الآن لم تثبت وفاته لا بالتمويت ولا بالموت، ثم إذا مات فأنا المحيط بتعصيبه. وأما علي فتوفي عن شطره من ذلك فأحاط بإرثه زوجه فاطمة بنت كنزار وأولاده منها محمد وغزيل ومباركة وسميّة ومن غيرها حليمة لا غيرهم. ثم توفيت الزوجة المذكورة فورثها أولادها المذكورون لا غيرهم. ثم توفيت مباركة فورثها ولدها عبد الغفار لا غيره. ثم توفي الولد المذكور فورثه جانب بيت المال. فجملة ما يصير على ملك مباركة من الأملاك المذكورة على مقتضى الفريضة إنما هو شطر الثلث مع كسر قليل، فكيف منها بيع جميع السّدس وهي لا تملك إلاّ بعضه؟ قال بلقاسم القائم المذكور: ثم توفي والد محمد فأحطتُ بميراثه أنا وشقيقاي منصور البائع ومباركة القائمة معي لا غير. وأنه ليس له في الأملاك إلاّ سدس شائع مع نزر،

ثم صار أخماسا بيني وبين شقيقيَّ. فما باعه أخي منصور من ربع الأملاك تعَدٍّ منه في البيع لغير نصيبه منها.

فأنكر الورثة ومن ناب عنهم ما ادعاه بلقاسم القائم من أن لعلي شركاء في الملك، وزعموا أنها إنما كانت تعرف به وحده ثم انتقلت بعده بالوراثة. قالوا: ولا يُعلم أنّ لمنصور وجودًا في الخارج عدا منصور شقيق القائم فاستظهر أبو القاسم المذكور عليهم بوثيقة تتضمن معرفة الأخوين المذكورين وثبوت الملك لهما بالسواء بينهما على حسب ما ادعاه في ذلك ببينة استرعاءٍ ثابتة لدى مَن أُدّيتْ إليه من الحكّام. كما استظهر أيضا بثبوت فقد منصور أخي الجد وبتقديم له عليه مِن قِبل مَن يجب في التاريخ. وبموت علي وعدة ورثته كذلك وأراد أخذ ما زاد على حظ البائعين بالاستحقاق وأخذ غيره بالشفعة. فادعى الورثة ومن أنابوا أنّ لهم مَدفعا في كل واحدة من بينة ثبوت الملك والفقد المذكورتين وطلبوا منهما نسخة للإعذار لما يقولون، فمكّنهم الحاكم من ذلك وأعذر إليهم فقدَحُوا في بينة المغيب بقادح شرعي وبقيت بينة الملك بشهادة رجال عشرة فات استفسارهم بموتهم كلهم وتفاقم الأمر بين المتخاصمين وتصعّب الأمر على الورثة حتى أشفقوا من خروج الملك عنهم واستحقاق القائم إياه كله.

وبعد [4 أ] أن كان ذلك كله كذلك حضر الآن لشهيديْه أمة الرحمان شعّالة وأمة العزيز عطية كل منهما في حقها وفي حق ابنتها إلى نظرها وسليمة الجربية وأمة الواحد بوصفارة كلٌّ منهما في حقها ومحمد العروي في حق مَن إلى نظره بالتقديم، وأشهدوا كلهم أنهم سلّموا للشقيقين بلقاسم ومباركة المذكورين في جميع ما صار على ملك مورثهم بالابتياع من منصور شقيق الأخوين بالثمن المسمّي في رسم التبايع الذي قدره ثمانية عشر دينارا دراهم، حسبما سبق ذكره هنا مضمّنا، وطيّبوا لهما

ذلك بحقوقه من الأملاك المذكورة ومنافعه منها أتمّ تطييب. وحضر الشقيقان المذكوران وتسلّما ذلك منهم بالثمن المذكور أثلاثا بينهما للذكر مِثلا حظ الأنثى. ودفعا لهم فيه سبعة دنانير ذهبا بأعيانها من الذهب الكرونة قبضوها منهما عوضا عن ثمن المبيع لذهاب سِكّته في التاريخ وتوزعوها بينهم على نسبة الإرث بعد اعتراف جميعهم بمعرفة صرف الذهب الكروني بدراهم سكة الثمن ومنتهى حصره وقيمته من ذلك المعرفة التامة. وهنّأ الشقيقان الورثة المذكورين في جميع سدس الأملاك المشترى من جانب بيت المال أتمّ تهنئة وأسقطا معًا دعواهما فيه وطيَّباه لهم صلحًا، كما تسلماه منهم كتطييب الورثة ما سلموه لهما وأبرأ جميع من ملك نفسه من الفريقين الآخر من جميع الدعاوى كلها في صلحهم هذا وكافة المطالب بأسْرِها ومن دعاوى الاستغلالات في المدة الماضية ومن سائر الحقوق المتعلقة بالذمة أو بالأمانة السابقة التاريخ والمتصلة به، الإبراء التام العام القاطع الحاسم لكل دعوى في ما ذكر ومطلب أو علقة يمين وتباعة كذلك.

كما أبرأ الوصيّتان المذكورتان والمقدم المذكور في حق مَن في حجورهم الشقيقين بلقاسم ومباركة في ما تسلّماه من الورثة إبراءً تاما، وأشهد الرشداء أنهم أسقطوا في ما عقدوه هنا على أنفسهم جميع الإيداعات واسترعاء الشهادات ما تناهتْ وتسلسلتْ إلى أقصى غاية وأبعد نهاية. وقطعوا كل إيداع شرطوا فيه أنهم على حقوقهم فيه، وانهم أسقطوه. واعترفوا أنّ كل حجّة يُدلون بها أو بينة يسترعونها فحجّتُهم داحضة وبينتهم زور آفكة. شهد على إشهادهم بجميع ما عنهم فيه في الصحة والطوع والجواز بتاريخ تقدم منذ نحو نصف شهر. وكتب الآن أوائل شهر ربيع الشريف من مولده -صلى الله عليه وسلم- من عام ستة وتسعين وتسعمائة [996 هـ / أواخر جانفي 1588 م] بمعرفة الرجلين

ومباركة بنت قمر. وبتقرّر التعريف بمن عداها من النسوة الأربع من تقدمتْ شهادته في جميع ما ذكر تقدمها فيه. ووقف على جميع ما ذكر الوقوف عليه وسمع ممن يجب موافقته على المصالحة في حق اليتيم الموصى له لما رأى له في ذلك كله من السداد والصلاح: إبراهيم السوسي وأحمد بن علي الشريف، انتهى. والتوثيق إنشاء الكلثومي.

السؤال بعد افتتاحه: جوابكم بعد تأملكم نسخة الصلح المنسوخة أعلاه وقد نص في آخر كتاب الصلح المنسوخ عند محصّل الشهادة على ما يقتضي أنّ ورثة بوصفارة خرجوا عن الربع الشائع في الأملاك وهو مشترى مورثهم من منصور قمر وعن دعوى الغلة في المدة الماضية وعن سائر حقوق في الذمة وفي الأمانة. وأن الشقيقين [4 ب] بلقاسم ومباركة خرجا لهم عن مبيع عاصب مباركة العمة من الأملاك وهو السدس ضعف حظها بالإرث وعن سبع كرونات ذهبًا وعن دعوى الغلة في المدة الماضية وعن سائر حقوق في الذمة وفي الأمانة. فهل هذا الصلح المذكور صحيح ماض أو هو غير صحيح ويجب فسخه؟ وإذا قلتم بفسخه فهل يفسخ مجرد عقده أو يفسخ بجميع ما اشتمل عليه رسمه؟ حتى لا يبقى لأحد من الفريقين المصطلحين تمسّك بما عسى أن يكون فيه من منتفع به في محاججته الفريق الآخر بل يستأنف الحجاج من خارج. جوابكم عن ذلك شافيا تؤجَرون وترحمون، والسلام.

فأجبتُ عنه بما نصه: وعليكم السلام ورحمة الله تعالى وبركاته. الحمد لله، تأملتُ نسخة الصلح المسطورة أعلاه ووقفتُ على ما تضمّنه السؤال المذكور. وإذا كان الأمر كما ذكر فاعلم أن الصلح المذكور غير صحيح لأن الغلة المستهلكة في جهة الفريقين المصطلحين على دعوى كل منهما شرط الصلح عنها معرفتهما بمقيمتها لأن الجهل بمُصَالَح عنه ممنوع. وهي في النازلة مجهولة عند الفريقين.

ويدخل خلل آخر أيضا وهو فسخ الدين في الدين لأن المأخوذ عن دين الغلة المدعاة من نقد وعقار شرطه أن يقبض في الحال ومجرّد التسليم غير محصل لذلك على ما صرح به الشيخ ابن أبي الدنيا -رحمه الله تعالى-. ومعني القبض في الحال ما ذكره الموثقون المتيطي وغيره أن شرط المأخوذ عن دين أن يشاهده الشهود فارغا من شواغل المديان. فحيث خلا هذا المأخوذ عن دين الغلة عن قبضه بالمعاينة دخله فسخ الدين في الدين. ويدخله خلل آخر أيضا من قوله : ومن سائر الحقوق المتعلقة بالذمة وبالأمانة، فإنه لفظ مبْهَم مجمل في ما يجوز عقد الصلح عليه وفي ما يمنع عقده كحقوق مجهولة القدر أو طعام في الذمم أو ذهب أو فضة تأجّلتْ أو تعجّلت أو غير ذلك. وقاعدة المذهب أن «الصفقة إذا احتملت الجواز والمنع حُكِم بالمنع» على المشهور. ويصير عقد الصلح بسبب الإجمال المذكور عقدا محتمِلا للصحة والفساد بسبب إيهام ما وقع التباري فيه من الجانبين. وأصل ابن القاسم -رحمه الله تعالى- أن العقد المحتمل للصحة والفساد يُحمل على الفساد، وهو المشهور. ثم إذا فُسِخ عقد الصلح تبعه جميع ما وقع معه ويرجع الأمر إلى ما كانوا عليه من الخصام عملا بفتوى الشيخ الرصاع في نظير النازلة. ويشهد له قاعدة أصولية وهي قولهم بصحة العقد تَرَتُّبُ أثره. والله تعالى أعلم، وبه التوفيق.

تذييل، قولنا: شرط الصلح عنها معرفتهما بقيمتها، الضمير المثنى في معرفتهما عائد على الفريقين، وهذا الذي ذكرناه أنه لا بد من معرفة المصطلحين بقيمة المستهلك المصالح عنه هو نص المدونة في قول صلْحها: ومن استهلك لك بعيرًا لم يجْزِ أن تصالحه على بعير مثله إلى أجل لأنه فسخ لما وجب لك من القيمة في بعير لا تتعجّلهُ. ابن ناجي: هي من قول ابن القاسم ويتلو قولها المذكور فيها: وكذلك إن استهلك

لك متاعًا فصالحتَه على طعام أو عرض مؤجل. المغربي: يعني فلا يجوز لأنه فسخ دين في دين ولو كان ذلك نقدا جاز بعد المعرفة بالقيمة ثم ذكر [5 أ] ابن ناجي في القولة التي تلي هذه أن ظاهر المدونة أن تقويم المستهلك إنما يكون بالعين الجاري في ذلك البلد.

وفي كتاب الشركة إنما تُقوّم الأشياء بالدراهم. وقال المغربي: المراد -والله تعالى أعلم- أن الأشياء إنما تقوّم بأحدهما حيث تجري بالدنانير والدراهم متساوية وأما إن كان أحدهما هو الجاري والآخر لا يجري فيُلْغَى التقويم بغير الجاري إذ لا يصح ذلك إلاّ بعد معرفتهما بقيمة المستهلك ليسلما من الجهالة، انتهى من ابن ناجي. ثم قال فيها: وكذلك إن ادّعيتَ أنه استهلك لك عبدًا أومتاعًا فالصلح فيه على عين أو عرض يجري على ما ذكرنا ولا يجوز على دنانير أو عرض إلاّ نقدًا بعد معرفتكما بقيمة المستهلك من الدراهم، وإن اشترطتما تأخير ذلك إلى أجل لم يَجُزْ. ابن ناجي تقدم قوله: وكذلك إن استهلك لك متاعا المسألة، فيُحمَل هذا على مجرّد الدعوى والأول ثبت بالإقرار وبالبينة فلا تكرار.

قلت: فكذلك هذه النازلة التي أجبت عنها فالغلات وإن كانت مدعاة مجرد دعوى فلا بد في الصلح عنها من معرفتهما بقيمتها عملا بنص المدونة. هذا قولنا لأن الجهل بمُصَالَح عنه ممنوع، هو نصٌّ في أول صلح الشامل بقوله فيمتنع: ضَعْ وتعجّل وحُطَّ الضمانَ وأزيدك وضمانٌ بجُعْل وفسخ دين في دينٍ وصرف مؤخر وبيع طعام من سَلَم قبل قبضه وجهلٌ بمُصَالَح عنه. ووقع في ترجمة لأحمد بن سعيد من الطرر في الورقة الثانية والسبعين منها ما نصّه: الذي يفسد به صلح الورثة خمس علل: أن يجهل الشيء فلذلك شرطتُ المعرفة ثم مرّ في بقية العلل. ونقله البرزلي في ثانية صلحه. وقال الشيخ ابن الحاجب:

فالصلح عن الدين كبيع الدين وعن البعض إبراء عن البعض والوضيعة لازمة التوضيح الصلح عن جميعه بعوض يأخذه كبيعه به يشترط في الصلح ما يشترط في بيعه والصلح عنه بترك بعضه إبراءً عن البعض وما وضع منه لازم له لأنها هبة مقبوضة، ويشترط فيها قبول الموهوب في حياة الواهب وهل يكفي قبول الموهوب له بعد موت الواهب؟ قولان ابن الحاجب: ويقدّر الدين والمقبوض كالعوضيْن. التوضيح: أي يقَدّر الدين المدعى به والمقبوض عنه كالعوضين في البيع. كما لو باع الدين بعرض فما يجوز في البيع يجوز في الصلح، وما يمتنع في البيع يمتنع في الصلح، ابن الحاجب. فيعتبر ضعْ وتعجّل، وحُطّ الضمان وأزيدك، وبيع الدين بالدين. التوضيح بعد أن قرر الموانع الثلاثة وزاد بيع الطعام قبل قبضه قال: وكذلك يعتبر معرفة ما يصالح عنه فإن كان مجهولا لم يجز. وكذلك اشترط في المدونة في صلح الولد للزوجة عن إرثها معرفتهما لجميع التركة وحضور أصنافها وحضور من عليه الدين وإقراره وإلاّ لم يجزْ وكان المصنف -رحمه الله تعالى- نبه بالموانع الثلاثة على ما عداها، انتهى.

قلت: قول الشيخ الشارح -رحمه الله تعالى- وكذلك يعتبر معرفة ما يصالح عنه تشبيها لما يعتبر في المانعية فيه نظر، لأن المعرفة بما ذكر إنما هي معتبرة في الإباحة لا في المنع ويمكن الجواب عنه بأنه تَجَوّزٌ وبأن يكون مراده ما يعتبر في الإباحة بدليل قوله: فإن كان مجهولاً لم يجز الصلح. فقصد التنبيه على مجرد ما يعتبر ثمّ رفع ما يتوهّم عليه بـزيادة. [5 ب]. قوله: فإن كان مجهولا الخ فتأمّلْه وإلى كون الصلح عن الدين يعتبر فيه ما يجوز بيعه به أشار في المختصر بقوله: وجاز عن دين بما يباع به فاعرفه. ثم نقول: قد قررنا أن الصلح عن هذه الغلة المدّعاة من باب الصلح عن المستهلك. وذكرنا أن شرطه المعرفة بقيمته، وقد ظهر

أن الصلح عنها أيضا من باب الصلح عن الدين لأنها لما أن استُهلكتْ تعلّقتْ بالذمة فصارت دينا فيتناولها هذا البحث المقرر في كلام الشيخ ابن الحاجب والتوضيح، وهو أن يعتبر في الصلح عنها العوضية التي في البيع وأن لا يجهل قدر المصالح عنه أيضا إلى غير ذلك، فتأمّله، وذلك لنهيه -صلى الله عليه وسلم تسليما- عن بيع المجهول اعرفه في القاعدة السادسة من قواعد البيوع من ترتيب القواعد والفروق للشيخ المغربي. وله في أول القاعدة الحادية عشرة من قواعد البيوع ما نصه: العلماء يستعملون كل واحد من لفظ الغرر والجهل مكان الآخر. فأصل الغرر هو الذي لا يُعرف هل يحصل أو لا يحصل، كالطير في الهواء والحوت في الماء. وأما ما عُلِم حصوله وجُهلتْ صفته فهو المجهول كبيعه ما في كفّه فهو محصول قطعًا لكن لا يُعرف أي شيء هو. اعرف بقيته فيه في الورقة السابعة والعشرين ومائة منه.

قولنا: وهي في النازلة مجهولة عند الفريقين، ضمير هي عائد على الغلة وهذا الجهل اقتضاه ظاهر رسم الصلح لأنه لم يفسر مكيلة الغلة ولا قيمتها بذهب ولا بفضة، ولم يضمن شهيداه اعتراف الفريقين المصطلحين بمعرفتها أعني القيمة. وقال في آخر رسم الصلح عن عقد الإشهاد وإبراء جميع من ملك نفسه من الفريقين الآخر من دعاوى الاستغلالات في المدة الماضية ولم يفسر هذه الاستغلالات بوجه من وجوه التفسير التي أشرنا الآن إليها. فاقتضى ظاهره الخلي عن التفسير جهلهم بها، فجاريتُ في الجواب ما ذُكر في رسم الصلح من مقتضى ظاهره وقلتُ إنها مجهولة عند الفريقين، على أن في رسم الصلح ما يقتضي قطعا مجهولية الغلة، وهو قول ورثة بوصفارة الملك ملك إبراهيم بوصفارة وحوزه اعتمره في قائم حياته مدة تزيد على ثلاثين عاما. ثم قولهم: تصرّف مورّثنا أولاً معكم في الأملاك بربع شائع فيها من تاريخ

الابتياع الأول إلى أن ابتاع ثانيا السدس فتصرّف بعد ذلك بالثلث مدةً نحوًا من ثمانية عشر عاما. ثم قولهم: أو يكون لا يعلم مقدار ما يصير له بالشراء ولا يعرف مبلغه. فقولهم: تزيد، وقولهم: نحوًا، وقولهم: لا يعلم مقدار ماله بالشراء، هذه الثلاثة الألفاظ صريحة في عدم معرفة قدر مدة الاستغلال على التحقيق وعدم ضبطهم إياها، ولازم عدم ضبطهم مدتها على التحقيق جهلهم بمكيلتها وقيمتها قطعًا. فلما لم يضبط ذلك الفريقان المصطلحان أبْهَمه أيضا الشاهدان عند عقد الإشهاد، لأن الشهود إنما يكتبون ما يسمعون. وعلى التحقيق فالجهالة بها إنما ترتفع ببيان قيمتها ولم يذكر قيمتها في رسم الصلح أصلاً، فتأمله.

ولما أن جزم كاتب رسم الصلح وشهيداه بأن من فصول الصلح إبراء كل فريق للفريق الآخر من دعوى الاستغلال في الزمن الماضي احتيج إلى بيان ذلك الاستغلال وتحقيقه [6 أ] فقلنا الآن في بيان ذلك: قد تقرر في رسم الصلح المذكور من دعوى ورثة بوصفارة أن مدخل مورثهم في الأملاك إنما هو بالرُبُع مشترى مورثهم من منصور قمر ثم بالسدس مشتراه من عاصب مباركة العمة حسبما هو في الرسميْن اللذين استظهروا بهما. ومجموع الربُع والسدس على دعواهم خمسة أجزاء في جميع الأملاك من اثني عشر جزءا وذلك نصف الأملاك شائعا غير نصف سدسها. وتقرّر أيضا في رسم الصلح المذكور أنّ دعوى ورثة بوصفارة المذكورين أن مورثهم إنما كان يستغلّ مع بلقاسم قمر وشقيقته مباركة الربع فقط من تاريخ اشترائه إياه من منصور عام تسعة وخمسين وتسعمائة [959 هـ / 1552 م] إلى تاريخ اشترائه للسدس من عاصب مباركة العمة عام سبعة وسبعين وتسعمائة [977 هـ / 1569-1570 م] ثم بعد اشترائه للسدس في بعض أشهر عام سبعة وسبعين وتسعمائة [977 هـ / 1569-1570 م] المذكور صار يستغل الثلث مدة ثمانية

عشر عاما إلى أن توفي في عام خمسة وتسعين وتسعمائة [995 هـ / 1587 م].

قالوا: فكان مورثنا يستغل أوّلا ربعًا شائعًا وثانيا انتقل إلى ثلثٍ شائع والحالة أن الذي له بالشراءيْن نصف شائع غير نصف سدس. هذا صريح دعواهم في أثناء رسم الصلح فشاط لهم على دعواهم هذه من الغلة عند الشقيقين بلقاسم ومباركة غلة ما زاد على الثلث إلى كمال النصف غير نزر المذكور. وطلبوا استيفاء هذا الشائط من الشقيقيْن المذكوريْن من قولهم وطلبوا من بلقاسم قمر استيفاء الحظ المبيع الذي تضمّنه الرسمان، ومن قولهم: ومن مات عن حق فلورثته. وتقرر في رسم الصلح أيضا أن دعوى بلقاسم وشقيقته مباركة أن كلا من البائعيْن منصور وعاصب مباركة العمة باع أكثر مما يستحقه بالوراثة في الأملاك لأن منصورًا يملك منها خمس السدس ونزْرًا ومباركة العمة تملك فيها نصف السدس ونزْرًا ومجموعهما أقلّ من ثلث فبيعهما الشائط على هذا المجموع إلى كمال الثلث من باب بيع العداء فشاط لهما على دعواهما هذه من الغلة عند ورثة بوصفارة غلة ما زاد على السدس وخمس السدس إلى كمال الثلث الذي استغله مورثهم بوصفارة مدة ثمانية عشر عامًا إلى أن توفي.

وهذا الشائط المذكور من الغلة في جزء العداءالزائد على المجموع المذكور بعضه في الربع المشترى أوّلا الذي استغلّه بوصفارة ثمانية عشر عاما إلى الشراء الثاني وبعضه في السدس المشترى ثانيا، واستكمل هذا الثلث الذي استغله ثمانية عشر عاما إلى موته. وهذه الغلة الشائطة للشقيقين تعينتْ لهما في بيع العداء الذي باعه منصور وعاصب العمة زائدًا على حظهما الإرثي. وتعينتْ لهما غلة أخرى من جهة الشفعة الثانية بثبوت إيداعها وتَقِيَتِها كما يجب حسبما صرح بهذا اللفظ في رسم

الصلح. ولا تطيب لورثة بوصفارة لأنها تابعة للأصل المشفوع فيه، وهو قد أخذه بالشفعة الواجبة كما صرّح به في رسم الصلح. وسكوته عنها سكوت اضطرار وإكراه لا سكوت اختيار متعَدًى عليه فيها وفي أصلها بخلاف مَن سكتَ عن شفعته اختيارا حتى يبست الغلة فهذه لم يتعد على صاحبها فيها لأن [6 ب] سكوته اختيارًا، ففيه ضرْبٌ من التفريط في حقّه ويُعدّ ذلك إسقاطا لها. وذلك ينظر إلى أصل ابن القاسم أنّ السكوت علَم على إسقاط الساكت حقّه، فهذه غلّة للشقيقين بلقاسم ومباركة أُخذتْ لهما تعدّيا تبعًا لأصلها كذلك، وهذه الغلات من جانب الفريقين المصطلحيْن مجهولة القدر ومجهولة التقويم. وقد صرّح في خاتمة رسم الصلح أنهم تبارؤوا مِن دعاوى الاستغلالات في المدة الماضية. فهذا تقرير دعوى الفريقين الغلةَ من الجانبين فتأمله. والله تعالى أعلم. لكنّا اعتمدنا في جوابنا على مجرّد ما قاله في خاتمة رسم الصلح من تباري الفريقيْن في دعاوى الاستغلال. فإن كان مراده بذلك ما قررناه من التقرير فذلك، وإن كان مراده غير ذلك فلا حرج علينا لأنّا اعتمدنا ما أصله في رسمه. والله تعالى أعلم.

وبيْع ملك الغير قد أطلق عليه أنه بيع عداء في ثالثة بيوع الشامل وفي أول بيوع شرحه الوسط في قول المختصر: ووقف ملك غيره على رضاه، واعرف ما في الرابعة والثلاثين من ترجمة مديان البرزلي وما في الثامنة والعشرين من بيوعه. ووقع في تاسعة بيوع البرزلي ما نصه: نهيْه صلى الله عليه وسلم تسليما عن بيع ما لا يملك، يحتمل أن يكون معناه ما لا يتقرر عليه ملك كالحر وأم الولد ومال الغير، ويحتمل أن يزيد ما لا يملكه في الحال وملكه باق عليه في الجملة كبيع المغصوب في يد الغاصب الممتنع به وكبيع الآبق والشارد وشبهه اعرفه فيه. ووقع في كلام القاضي عياض -رحمه الله تعالى- أن بيع مال الغير بغير أمره

من البيع الفاسد وأنه من البيوع التي يصحّ إدخالها في بيع الغرر. ونقله الشيخ البرزلي في ثالثة بيوعه في العلة الرابعة من العلل المقتضية لفساد البيع، ووقع في خاتمة القاعدة الخامسة من قواعد البيوع من ترتيب القواعد للشيخ المغربي ما نصّه: فرع، إذا قلنا بيع الفضولي يصحّ ويتوقف على الإجازة فهل يجوز الإقدام عليه ابتداء؟

قال القاضي أبو الفضل عياض في التنبيهات: إنه لا يجوز الإقدام عليه ابتداء لعَدّه إياه مع ما يقتضي الفساد. وظاهر كلام صاحب الطراز الجواز لقوله تعالى ﴿وتعاونُوا على البرّ والتقوى﴾[1] انتهى. واعرف بقية هذه القاعدة من أولها في الرابعة والعشرين ومائة وعلى أنه بيع عداء فلا تطيب فيه الغلّة لما وقع في الورقة الثالثة ومائتين من التبصرة ونصّه: المتعدّي يلزمه كراء ما تعدّى فيه وأجرته بكل حال عند مالك -رضي الله تعالى عنه-.

قولنا: ويدخله خلل آخر وهو فسخ الدَيْن في الدَيْن إلى آخر هذا الخلل. هذا الخلل مأخوذ من كلام الشيخ ابن أبي الدنيا وتذييل الشيخ البرزلي عليه في الورقة السادسة والعشرين من بيوعه. حيث سئل الشيخ ابن أبي الدنيا عمن أشهدتْ أنها سلّمتْ ما اشترتْه من الدار لولَدِها إسحاق وكذا ما يصير لها من زوجها بالمورث عن دين كان لولدها المذكور تصرفت فيه ولزم ذمتها. فقال في أثناء جوابه -رحمه الله تعالى- ما نصه: شرْطُ صحّة التسليم المذكور أن يقبض ذلك في الحال لئلا يكون فسخ دين في [7 أ] دين وهذا كذلك لأن قبضه الدار إنما كان بعد إشادها أنها سلمت له ذلك عما لزمها من دين له. انتهى ما يمس منه. وذيّل عليه الشيخ البرزلي في الورقة المذكورة ما نصه: قوله في شرط المأخوذ عن الدين القبض في الحال هو معنى ما ذكره الموثقون المتيطي

1) القرآن: المائدة 5.

وغيره أنّ شرط المأخوذ عن دين أن يشاهده الشهود فارغًا مِن شواغل المديان. انتهى ما يمس من التذييل وقد أتيتُ به بلفظه في جوابي عن النازلة لإظهار فضيحة المعترض. فهذا الكلام هو معتمد في هذا الخلل المذكور الذي أثبتُّه في جوابي المذكور.

وما قاله الشيخ ابن أبي الدنيا: إن قبض المأخوذ عن الدين غير تسليمه فلا بدّ مع تسليمه من قبضه في الحال، وما نقلَه الشيخ البرزلي أنّ شرط المأخوذ عن دين أن يعاينه الشهود فارغًا من شواغل المديان وجْهه أن التسليم أعمّ من القبض بالمعاينة. والقاعدة أن «الأعمّ لا إشعار له بالأخصّ ولا يدلّ عليه عيْنًا» فاعرفه، وإلى هذا أشرتُ بقولي: ومجرّد التسليم غير محصّل لذلك أي للقبض الناجز بالمعاينة أي لأنه أعمّ منه، والمراد بالتسليم هو كالواقع في النازلة وكالتسليم الواقع في نازية الشيخ ابن أبي الدنيا وهو- أعني فسخ الديْن في الديْن- صادق على ما أخذه ورثة بوصفّارة من عين ومن جزء الملك الذين سلمهما لهم الشقيقان بلقاسم ومباركة. وصادق على ما أخذه الشقيقان من جزء الملك الذي سلّمه لهما الورثة فكلٌّ من ذلك في عوضه قسط من الغلة التي استهلكت وصارت دينا بناءً على اتحاد صفقة الصلح.

قال الشيخ الطرابلسي في قول صلحها: وإن كان لهما مائة دينار من شيء أصله بينهما وهي في كتابٍ واحدٍ الخ ما نصّه: ظاهره أن ما كان بكتاب واحد يحمل على اتحادِ الصفقة ولو لم يذكر اتحادها في الكتاب إذا تعدّد البائعون وكذا إذا تعدد المشترون، ونصّ على ذلك المتيطي، انتهى.

قلت: قوله: إذا تعدّد البائعون أو المشترون تنبيهٌ على الوجه المشكل لأنه مع اتحاد البائع أو اتّحاد المشتري أحْرى أن تُحمل صفقته على الاتّحاد. اعرف الورقة السادسة والسبعين من الجزء الثالث وما

ذكرتُه في الصفقة المحتملة للجواز والمنع إلى آخره هو كلام الشيخ ابن عرفة في أولى رُهونه. وأصل ابن القاسم في العقد المتحمل للصحة والفساد. نقله الشيخ الوانوغي في ثانية بيع الغرر من حاشيته، وتشهيره نقله الشيخ ابن عرفة في سادسة قِرَاضه. اعرف الورقة الحادية والعشرين من الجزء الرابع. واعرف ما يأتي في الورقة السادسة والستين من هذا الجزء. وفتوى الشيخ الرصاع موجودة الآن بقلمه الأحمر عندي. والقاعدة الأصولية المذكورة هي عبارة الشيخ تاج الدين السبكي في جمع الجوامع.

فإن قلتَ: هل يدخل عقدَ الصلح المذكور خللٌ آخر وهو أنهم عقدوه على بيع منصور ربُع الأملاك وإنما له فيها السدس وعلى بيع مباركة العمة سدسها وإنما لها فيها نصف السدس فأخَذ بالصلح الشقيقان مبيع منصور وأخذ بالصلح الورثة مبيع مباركة وكلا البيعين عداء حسبما مرّ عن الشامل وغيره. والمعلوم أن العقد الفاسد [7 ب] إذا عُقِد بعده عقد صحيح قبل زوال الفاسد يفسد الصحيح. وهو رأي الشيخ أبي محمد -رحمة الله تعالى عليه- وشرط الفسخ الإشهاد به وقيل: حكم الحاكم، وكلاهما لم يقع في النازلة.

قلت: الجواب عن ذلك أنّ مختار الشيخ أبي محمد وتأويله معارَضٌ باستظهار الإمام المازري أن العقد الصحيح بعد الفاسد في البياعات يُستغنَى به عن الفسخ، اعرف ذلك في الورقة التاسعة والثلاثين من نكاح البرزلي. وأيضا فقد يقال إمضاء الشقيقين للصلح على بَيْعيْ العداء يوجب للبيعين الإمضاء ويُعَدّ صلحهما المذكور إمضاء للبيعين، لأن بيع ملك الغَيْر وإن كان عداءً ولا تطيب فيهما الغلة لكن الحق فيه لآدمي، ولذا كان يتوقف على إمضاء ربه.

قال في المختصر: ووقف ملك غيره على رضاه، ونحوه في ثالثة بيوع الشامل فاعرف ذلك. ومسألة شرط الفسخ الإشهاد به أو حكم الحاكم اعرفها في الورقة الثامنة والأربعين من الجزء الثالث وفي الورقة التاسعة عشرة من الجزء الرابع، واعرف التاسعة عشرة من خيار كبير ابن ناجي في الربع وفي الورقة السابعة والثلاثين في صرفه كذلك.

الحمد لله، سألني الحاج عمارة من باب السويقة على يديْ القاري محمد بن نصر الله في أواخر محرم الحرام فاتح شهور عام ألف واحد من الهجرة [1001 هـ / أوائل نوفمبر 1592م] بما نصه بعد افتتاحه: جوابكم عن مسألة وهي أن رجلا عنده أَمة أمرَها ذات يوم ببعض خدمة فلم تمتثل أمرَه فأخذ يؤدبها بالضرب فطلبت منه البيع وناصّته فحلف لها بالطلاق الثلاث لبيعنّها ليستريح منها، فأخرجها من حينه من داره إلى دار أخرى لقصد البيع واعتزل زوجته. ثم جاء من اشترى منه الأمة المذكورة فباعها منه ونجزَ مشتريها المذكور عتقها في حينه والحالة أن بائعها كان سبق له فيها عقد تدبير ونسِيَه حين الحلف. فهل يُفسخ البيع المذكور والعتق وترجع الأمة لبائعها على حكم عقد التدبير ويحنث في زوجته بالثلاث أوْ لا يفسخ ذلك كله ويبرّ الحالف بالبيع المذكور ولا حنث عليه؟ وكيف يفعل بالثمن المذكور؟ جوابكم والسلام.

فأجبتُ بما نصّه بعد افتتاحه: إذا كان الأمر كما ذكر فالقول بفسخ البيع والعتق المذكورين ورجوع الأمة إلى بائعها على حكم تدبيره إياها هو قول مالك -رضي الله عنه - المرجوع عنه. والقول بأنه لا يردّ ذلك هو قوله المرجوع إليه، قال في المدونة: كان مالك -رضي الله تعالى عنه- يقول في المدبر: يُباع فيعتقه المبتاع أن بيْعه يردّ، ثم قال: لا يردّ، انتهى.

وفيها أيضا ما نصه: فأما إن أعتقه المشتري نفذ العتق وكان ولاؤه للمبتاع وكان جميع الثمن سابقا للبائع ولا يرجع عليه المبتاع بشيء، انتهى. وفي المختصر: ليس لسيده إخراجه لغير حرية وفسخ بيعه إن لم يعتق. فمفهوم قوله إن لم يعتق أنه إذا أعتق فلا يُفسخ بيعه لأنه نقيض حكم المنطوق وهو الثابت في صورة المفهوم حسبما تقرر في محله.

وقولنا: فلا يفسخ بيعه مُساوٍ [8 أ] لقولنا: يمضي بيعه وعلة الإمضاء وعدم الفسخ المذكوريْن هي ما اتصل به العتق الناجز الحاصل من مشتريه. وفي الشامل: ومنع إخراجه لغير تحرير وفسخ إن لم يعتقه مشتريه على الأشهر، ودرج أيضا على أنّ الثمن يطيب لبائعه إن أعتقه المشتري على الأصح. وقد تبيّن مما قررناه أن بيع المدبّرة المذكورة في السؤال ماضٍ لعلة ما اتصل بها من العتق الناجز، وبذلك يرتفع حنث الحالف المذكور في يمينه المذكورة لوقوع ما حلف عليه وقد صار البيع سائغا شرعا للعلة المذكورة فترتّبُ آثارِه عليه حينئذ واضح وهي الإمضاء وعدم الفسخ وطيب الثمن للبائع أي حلّيته له، والولاء للمشتري وذلك عنوان إمضاء عقد البيع الواقع فيحصل به برّ الحالف. والله تعالى أعلم، وبه التوفيق.

تذييل، قولنا: قال في المدونة الخ، هذا مسوق للدلالة على القول المرجوع عنه، والقول المرجوع إليه، وهو في كتاب المكاتب من المدونة ونصّه: وكان مالك يقول في المدبّر يباع فيعتقه المبتاع إن بيعه يردّ، ثم قال: لا يُردّ. الشيخ المغربى في صغيره قوله: وكان مالك إلى قوله إن بيعه يردّ هذا مبني على منع نقل الولاء. قوله: ثم قال لا يردّ هذا مبني على جواز نقل الولاء. فعلى القول الأول لم ينعقد فيه بيع وضمانه من البائع وعلى القول الثاني البيع منعقد حتى يُنقض والضمان من المشتري، انتهى من الصغير.

قلت: والقول الأول المرجوع عنه تكرّر في كتاب المدبر من المدونة حيث قال: ولا أحبّ أن يبيعه ممن يعتقه. قال الشيخ المغربي: اختصره محمد بن يونس بلا يجوز بيعه ممن يعتقه، فقول أبي سعيد: أحبّ إليّ ليس على بابه. قولنا: وفيها أيضا ما نصّه: فأما إن أعتقه المشتري الخ، هذا واقع في كتاب المدبّر منها بعد قوله: ولا أحبّ الخ، ونصّه هو ما ذكرتُه في جوابي أعلاه بِرُمّتِه. الشيخ المغربي في صغيره قوله: فأما إن أعتقه المسألة، هذا على أحد قوليْ مالك لانفساخ التدبير كما لو[1] وفي المكاتب القول الثاني إنّ البيع ينقض ويردّ العتق. قوله: وكان ولاؤه للمبتاع ظاهره سواء ابتاعه على أنه مدبّر أو على أنه عبد، لكن معناه أنه ابتاعه على أنه عبد. وأما إذا ابتاعه على أنه مدبّر جاز ولاؤه للبائع، قاله أبو إسحاق قوله: ولا يرجع عليه المبتاع بشيء، ظاهره سواء ابتاعه على أنه مدبر أو على أنه عبد. وكذلك حكى محمد عن مالك وابن القاسم وأشهب أن لا يرجع المشتري على البائع بشيء علم أنه مدبّر أم لا. انتهى من المغربي.

قلت: قول الشيخ المغربي وفي كتاب المكاتب القول الثاني إن البيع ينقض، الأوْلى أن يقول القول الآخر لأن القول بنقض بيعه في كتاب المكاتب محْكِي أولاً والقول بعدم نقضه محْكي ثانيا فلا يحسن أن يجعل نقض البيع هو القول الأول لأن ذلك يوهم أنه هو القول المرجوع عنه والحال بخلاف ذلك، ولا يَرِد هذا إذا عبر بالآخر فتأمله منصفًا. وفي وسط بهرام في قوله: ليس لسيده إخراجه لغير حرية ما نصّه: لأنّ في ذلك إرقاقه بعد جريان شائبة الحرية فيه والشرع [8 ب] متشوّف إلى الحرية، والمشهور منع بيعه. ثم قال: وإذا قلنا بالمشهور فبِيعَ فُسِخ بيعه وصار مدبّرًا على ما كان عليه، وهذا إذا لم يتّصل به عتق. فإن

1) كلمتان غير مقروءتين بالأصل.

أعتقه المشتري فقال مالك مرة بمضيّ ذلك وولاؤه للمشتري. وإليه أشار الشيخ بقوله: وفسخ بيعه إن لم يعتق. ولمالك قول آخر إنه يفسخ لانعقاد ولائه بالتدبير، وإمضاء ذلك يستلزم نقل الولاء والقول الأول أشهر. والثاني أَقْيَسُ. انتهى من الوسط.

قلت في تصديره بقول مالك بمضي بيعه نظر لأن في تصديره به فاته معنى هو روح المسألة وهو ذكره ما يدلّ على أن القول بفسخ بيعه هو المرجوع عنه وقد أخّره وهو القول الأول بالحقيقة، وعلى أن القول بمضي بيعه هو القول المرجوع إليه وقد قدّمه وهو الأخير بالحقيقة فحقّه أن يعكس التقديم والتأخير ليفيد بذلك ما هو الأول بالحقيقة وما هو الآخر بالحقيقة ليحصل المعنى الذي تدور معه الرجوحية والراجحية وهو ما يقتضيه المرجوعية عنه وإليه، فتأمّله منصفًا.

تنبيه: قال الشيخ تاج الدين ابن السبكي -رحمه الله تعالى- في جمع الجوامع: وإن نُقِل عن مجتهد قولان متعاقبان في مسألة فالمتأخر قوله، انتهى. وفي شرح التنقيحات لمؤلفها ما نصّه: إذا نُقِل عن مجتهدٍ قولان وعلم الرجوع عن الأول فلا تجوز الفتيا به ولا تقليده فيه ولا يبقى يعدّ من الشريعة بل هو بالنص المنسوخ من نصوص صاحب الشريعة لم يبق منها. انتهى المحتاج إليه منه.

قلت: قد عُلِم في المسألة القول المرجوع عنه وإليه، وعلم نفس الرجوع بقول الإمام ابن القاسم -رحمة الله تعالى عليه- ثم قال لا يُرَدُّ فإتيانه بثمّ المقتضية للترتيب والمتصلة بعد حكايته القول بردّ المنع محصّلٌ لمعرفة الرجوع ولمعرفة المتقدم من القولين والمتأخر منهما، فاعرف ذلك.

قولنا: وقد صار البيع سائغا شرعا، هذا جواب عن سؤال مقدّر وهو أن يُقال بيع المدبّر ولو ممن يعتقه لا يجوز، كما مرّ عن المدونة في

قولها: ولا أحبّ إلى آخره، والقاعدة أن «المعدوم شرعا كالمعدوم حسًا» فكانّ الأمة في النازلة لم تُبَعْ حسا عملا بالقاعدة، فترتيب برّ الحالف في النازلة على وقوع البيع مشكل على قول المدونة وعلى القاعدة بفقد البيع الحسي فقدًا أفاده فقده الشرعي. وجوابه أن عقد البيع المذكور الذي اتصل به إعتاق المشتري ليس بمفقود شرعا فليس بمفقود حسًا وذلك لما وقع من إمضائه الشرعي. وقد وقع لفظ الإمضاء في عبارة بهرام ولفظ النفوذ في عبارة كتاب المدبر منها، وبأن الثمن كله سائغ للبائع، وبأن الولاء للمبتاع ولا يرجع المشتري على البائع بشيء.

ووقع لفظ لا يُردّ البيع في لفظ الإمام في الحكم المرجوع إليه في كتاب المكاتب منها وهذه كلها آثار صحة عقد البيع. وهو وإن كان من حيث قطع النظر عما لحقه من إعتاق المشتري إياه غير صحيح فهو من حيث لحوقه إعتاقه صحيح ماض نافذ في القول المرجوع إليه فيجب أن تتقرر وتترتب آثاره عليه ومضي إعتاقه المشتَرَى أثر من آثار صحة عقد بيعه جَزْمًا، اعرف الفصل الثالث من باب النواهي من شرح [9 أ] التنقيحات لمؤلفها. واعرف الصحة في الفصل الرابع عشر من الباب الأول منه. فلما اتصل ببيعها إعتاق مشتريها وقلنا إعتاقه صحيح ماض نافذ كان قولنا ذلك أثرا من آثار صحة بيعها. وإلى هذا أشرتُ بقولي: فترتيب آثاره عليه حينئذ أي حين إذ اتصل به إعتاق ناجزٌ من المشتري واضح، فالتمسك على هذا بنص المدونة لا أُحبُّ الخ يردّ بقولها المرجوع إليه، والتمسك بالقاعدة المذكورة في هذا الفرع تمسّكٌ فاسِدٌ لوقوعه في معرض النص الصريح بإمضاء بيعه في القول المرجوع إليه ومضي إعتاق المشتري إياه أثر من آثار صحة البيع فهو صحيح ماض نافقٌ سائغ ثمنه فاعرفه. والقاعدة الأصولية «قولهم بصحة العقد ترتّب أثره» تشهد بما قلناه. والله تعالى أعلم، وبه التوفيق.

بسم الله الرحمان الرحيم، وصلى الله على سيدنا ومولانا محمد وآله وسلم.

بعد أن كان التاجر قاسم بن أبي عبد الله محمد عُرِف بوعشور السوسي أوصى في قائم حياته بثلث جميع ما يخلّفه موروثا عنه من قليل الأشياء وكثيرها ربع وغيره، ما علمه وما لم يعلمه لأول مَن يتزايد لولده مسعود شطره وشطره الآخر لأولاد ولده محمد الذين هم عمر وأحمد وبالقاسم أثلاثا بينهم على حدّ السواء. ينفّذ لهم ذلك بعد وفاته على معنى الوصايا وسنّتها. في أواسط جمادى الأولى من عام ستة وثمانين وتسعمائة [986 هـ / أواخر جويلية 1578 م] بالشهادة العادلة من شهود القيروان إذ ذاك.

ثم بعد مدة أوصى بثلث مخلّفه من الربع وغيره ما علمه وما لم يعلمه لأحفاده الثلاثة عمر وأحمد وبالقاسم أولاد ولده محمد المذكور بالسواء بين ثلاثتهم. ثم توفي الموصي المذكور فتحرّك الابنان محمد ومسعود لقسم ما أمكن من تركته فقام مسعود برسم الوصية الأولى وزعم اختصاص ولده المشار إليه فيها بنصف الثلث. وقام محمد نائبًا عن أولاده الثلاثة المذكورين برسم الثلث الثاني وزعم اختصاص أولاده الثلاثة بالثلث وأن هذه الوصية ناسخة للأولى. وناكَرَهُ مسعود في ذلك فطال تنازعهم في ذلك إلى أن عقد بينهما الفقيه يحيى بن محجوبة القسمطيني في سابق التاريخ زمن حلوله بتونس عقدًا بقسمة رباعية قال فيه: إن مسعودا لا ينازِع في نصف الثلث فيختصّ به أولاد محمد الثلاثة المذكورون، ونصفه الآخر مال تنازعه اثنان الحكم الشرعي فيه أن يُقسَم بينهما شطريْن فعمل ثلث الموصي الميت بينهما أرباعا، ربع لمسعود يتمسك به لمن يتزايد له والثلاثة الأرباع لأولاد محمد الثلاثة المذكورين.

ثم تزايد لمسعود بنت بعد هذا العقد المذكور سُمّيتْ فاطمة ولم تزل تعيش إلى الآن وهو الآن اعتبارًا بوقت الاستحقاق وهو وقت موت الموصي فقام منذ ذلك لمدة فارطة وزعم أن القسمة الرباعية فاسدة لأنها إنما تكون على الدعاوى وأن ما عقده من الأرباع غير عامل لعدم وجود المتزايد إذ ذلك ورافع أحفاده الثلاثة لدى القضاة [9 ب] ببلدهم مرة بعد مرة ولم يتنجّز بينهما أمر حتى رافعهم لدى مَن يجب بحضرة تونس -أدامها الله تعالى عزًا للإسلام ونكَب عن أهاليها نكبات الأيام- وطال نزاعهم وتراكم دفاعهم وتمسك مسعود في استحقاق نصف الوصية بالثلث لابنته فاطمة المذكورة المتزايدة بعد موت جدّها الموصي المذكور لأنها الكائنة بعد موت جدها الموصي ولا عبرة بمن ولد ومات في حياته، وقدَح في القسامة الرباعية بما ذكر. وتمسّك عمر وأحمد وبالقاسم أولاد محمد في بطلان الوصية لولد مسعود بأمور، منها أن المتزايد الأول له بنت تزايدت له في حياة جدّها الموصي وماتت في حياته فتبطل الوصية لأنها هي الأولى في التزايد وقد ماتت في حياة الموصي. ومنها أن الوصية الثانية لأولاد محمد الثلاثة تنسخ الوصية بالثلث الأولى وتخصّص ثلث الميت بهم دون ولد مسعود. ومنها العقد بالأرباع المشار إليه الذي عقده الفقيه يحيى بن محجوبة بين الولدين محمد ومسعود المذكورين في حق أولاده الثلاثة ومسعود في حق من يولد فعليه لا يكون لولده إلاّ الربع خاصة. ومنها أنه كان وقع بين الفريقين ترافُع لدى قاضي موضعهم وتأجّل مسعود للحضور والتزم أنه إذا انقضى الأجل المذكور وغاب أو تغيب فقد أسقط الطعن والمقال في رسم الثلث الثاني الإسقاط التام.

فلما طال نزاعهم كما ذُكر عقد لهما الشيخ الفقيه القاضي المعظم قاضي الحضرة المذكورة مجلسًا واستحضر مَن وثق به في ذلك ممن

كان[1] حاضر المدينة في التاريخ من الفقهاء المفتيين وأدلى فيه كل من الفريقين، بما نسب إليه من التمسك. فنظر الجمع المشار إليه في ذلك بحقّ الواجب الشرعي فظهر أنّ الموصي حيث قال في وصيته لأول ولد يولد لفلان المقصود منه الأول الإضافي أي الأول بالإضافة إلى يوم الاستحقاق وليس المقصود منه الأول الشخصي حتى تبطل الوصية بموته قبل الاستحقاق، ولا من كان مولودًا في خصوص يوم الاستحقاق كالميراث إذ ليس هذا من باب الميراث. هذا محصول جواب الشيخ أبي عبد الله محمد بن عبد الرفيع -رحمه الله تعالى - في نظير النازلة.

فتعيّن أنّ الأول المستحق لنصف الثلث من ولد مسعود هو الأول بالإضافة إلى يوم الاستحقاق، وابنته فاطمة الموجودة الآن هي أول على تلك الإضافة التي ذكر الشيخ، ولا عبرة بالبنت المتزايدة في حياة الموصى وماتت في حياته لأنها أولٌ شخصي فليست بمقصودة. وظهر أيضا أن الوصية الثانية لأولاد محمد المذكورين لا تنسخ الأولى التي فيها نصف الثلث لولد مسعود ولا تخصص ثلث الميت بهم دونه، لأن القاعدة أنّ « النسخ والتخصيص شرطهما المضادَّة والمنافاة بين الناسخ والمنسوخ وبين المخصَّص» والمخصص والوصية في النازلة بالثلث للأحفاد الثلاثة ثانيا إنما صحِبَها سكوت عن ذكر ولد مسعود الذي هو بعض الموصى لهم في الأولى. والقاعدة أنّ «الاقتصار على ذكر بعض أفراد العام لا يخصص العموم» لأن ذلك غير مضادّ ولا مناف فلا تخصيص حينئذ ولا نسخ. وظهر [10 أ] أيضا أن عقد ابن محجوبة المشتمل على القسمة الرباعية المذكورة باطلٌ ويجب فسْخُه من وجهيْن، الأول أنه صلح من رجل على مَن هو غَيْب من ولده حين الصلح محتمل لأن يوجد وأن لا يوجَد لإسقاط أو عقم زوجتهِ. وقاعدة المذهب أنّ «من سيُولد لا

1) كلمة سقطت من الأصل أضفناها لتمام المعني.

يملك شيئا ولا يستحقّه إلاّ بعد وضعه وتحقُّق الحياة فيه» على ما وقع في جواب الشيخ ابن زيادة الله وغيره في مسألة حمل فما بالك بمن لم يكن حَمْلاً أصلاً كحال المصالح عنه في النازلة. ووقع في المدونة نحوٌ مما قاله الشيخ ابن زيادة الله وقرّره الشيخ المغربي بذلك. وصرّح بعض الحفاظ بأن الحكم في ذلك الوقفُ إلى وجود الموصى له، وقاعدة المذهب أيضا أن «الأمر المحتمل لا يتعلق به الحكم».

الوجه الثاني، أن الثلث المتنازع فيه من التركة لا يخلو أن يكون بيد الأخويْن محمد ومسعود المتنازعيْن إذ ذاك أو يكون بيد غيرهما من الورثة. فإن فرض أنه بأيديهما فقسمتهما الرباعية باطلة على المشهور وإن فرض أنه بيد غيرهما من الورثة فقسمتهما الرباعية باطلة باتفاق لقول الشيخ في مختصره -رحمه الله تعالى -: وقسم على الدعوى يعني الشيء المتنازع فيه. قال الشيخ بهرام في شرحه الوسط: لا خلاف أنّ الشيء المتنازع فيه يُقْسم على قدر الدعوييْن إذا كان بيد غير المتنازعين. فإذا ادّعى أحدهما الكل وادعى الآخر النصف مثلا ولم تترجح بينّةُ واحدٍ منهما فإن مدّعي الكل يأخذ الثلثين ويأخذ الآخر الثلث. وإنما الخلاف إذا كان بأيديهما معا فقيل كما تقدم، وهو المشهور وقاله مالك وابن القاسم وغيرهما. ثم قال وإذا قُسم على قدر الدعوى سلك فيه مسلك عَوْل الفرائض. ثم حكى في أصل المسألة قولاً آخر وهو أنه يختص مدعي الكل بالنصف لأن مدعي النصف قد سلم له بذلك ويقسم الباقي بينهما نصفين، انتهى. وظهر أيضا أن المتأجّل إذا أشهد أنه متى غاب فلم يحضر بانقضاء أجل كذا فقد أسقط حقّه أو أسقط دعواه أو فقدَ رفع يد اعتراضه أو نحو ذلك فإنه لا يلزمه حكم هذا الإشهاد. قال الشيخ الطرابلسي وغيره: وبه الفتوى، انتهى.

وبعد تقرّر هذه المطالب تبين أن ثلث التركة أعني تركة الموصي الحكم فيه التشريك بين فاطمة ابنة مسعود المذكورة بعد موت الموصي

وبين عمر وأحمد وبالقاسم أولاد محمد المذكورين إذا لم يجز الورثة الجميع. وذلك عملا بقول المدونة: ومَن أوصى لرجل بماله كله ولآخر بنصفه ولآخر بثلثه ولآخر بعشرين دينارا والتركة ستون دينارا فَخُذْ لصاحب الكلّ ستة أجزاء ولصاحب النصف ثلاثة ولصاحب الثلث اثنين ولصاحب العشرين جزأين كذلك لأن العشرين هي الثلث فذلك ثلاثة عشر جزءًا يُقسم عليها الثلث فيأخذ كل واحدٍ ما سميناه.

الشيخ المغربي: يُحمَل على أنه أراد التشريك بين الموصى لهم في الثلث أو في الجميع إن أجازه الورثة ولأنه يحمل على النسخ لأن التشريك أوفى بغرض الموصي. ألا ترى أنه إذا أوصى بشيء بعينه لرجل ثم أوصى به لغيره أنه يكون بينهما ولا يُعدّ رجوعًا. وتكررت في المدونة وتكرر كلام الشيخ المغربي عليها بالمعين والشائع بمثل ما ذُكر في الأولى.

ولبعض الشيوخ المتأخرين [10 ب] ما نصه: وإن أوصى لرجل بوصية بشيء بعينه ثم أوصى بذلك لرجل آخر فهو بينهما وتُحمل على أن الموصي قصد التشريك ولا تُحمَل على النسخ. فلو كانت الوصيتان بشيء بغير عينه كان لكل واحد ما أوصى له به إن حمله الثلث، وإن لم يحمله الثلث فتحمل على أنه أراد التشريك بين الموصى لهم في الثلث أو في الجميع إن أجاز ذلك الورثة. ولا تُحْمَلُ على النسخ لأن التشريك أَوْفَى لغرض الميت ولا يُعدُّ رجوعًا، انتهى. والتشريك المذكور هو على الدعاوى -كما مرّ- فيعال لصاحب النصف فيكون الثلث بين الفريقيْن المُوصَى لهم أثلاثا ثلثه الواحد لولد مسعود المذكور وثلثاه للثلاثة المذكورين أولاد محمد بالسواء بين ثلاثتهم.

وبعد ظهور ذلك وتقرُّرِه وموافقة الجمع المشار إليهم عليه أشهد الشيخ القاضي المعظّم المشار إليه -حفظه الله تعالى- وهو الواضع

طابعه بطرّة أعلاه أنه حكَم بين الفريقيْن المذكوريْن في الثلث المذكور بمقتضى ما ذكر فيه بحيث يُقسم الثلث من جميع متروك الموصي بين فاطمة بنت مسعود وبين أولاد محمد الثلاثة عمر وأحمد وبالقاسم أثلاثا، ثلثه الواحد لابنة مسعود وثلثاه لأولاد محمد المذكورين بالسواء بين ثلاثتهم، عملا بالنصوص المالكية التي استظهر بها جمْعُهم. كما حكم ببطلان الأوجه التي احتجّ بها أولاد محمد في مناقضة ذلك ومعارضته، ومنها الصلح السابق المشتمل على القسمة الرباعية الفاسدة لمخالفتها للاتفاق أو للمشهور. كما ظهر بطلان قول من قال إن الموصى له قد توفّي قبل وفاة جده الموصي فلا حق له في الوصية بناءً منه على أن الموصى له هو الأول الشخصي، وقد تقرر بطلانه.

وقوله: فلا حقّ له على كل حال ولو لم يُفرض أنّ الموصي رجع عنها فلا حق له بموته قبل الموصي ولرجوع الموصي بالوصية الثانية. وهذا قول جهول بالفقه إذ قد قررنا أن الأول الشخصي غير مقصود بالأولية وأن الوصية الثانية لا تحمل على الرجوع بها عن الأولى ولا على النسخ بها لها. واستدلاله بقول الشيخ ابن عرفة: الوصية عقد يوجب حقًا في ثلث عاقده يلزم بموته، والحق لم يوجب له في النازلة لأن الموصي لم يمت وإنما مات الموصى له غير صحيح فإنه مبني على أنّ الموصى له هو الأول الشخصي الذي مات في حياة الموصي، وموت الموصي يوجبُ الحق لمن يكون حيا من أولاد ولده بعد يوم الاستحقاق، حكمًا تامًا أمضاه وألزمهم العمل بمقتضاه، وما سبق بينهم مِن تصرّف أو عمل يخالف هذا. فقد ظهر بطلانه لكونه بُنيَ على غير أصل مالكي وذلك بعد اعتراف الفريقين بنفوذ حجَّتهما وحصر تمسكهما في ما ذكر عنهما، حسبما ذلك كله ثابت لديه -حفظه الله تعالى- بمن قَبِل وأجاز من أهل مجلسه المذكور. شهد على إشهاده بذلك وهو بحال كمال

الإشهاد الشرعي بتاريخ يوم الأحد ثاني جمادى الأولى عام ألف وواحد من الهجرة [1001 هـ / 4 فيفري 1593 م] وذلك بعد حلف فاطمة ابنة مسعود إذا بلغتْ رشدها مع شاهد وصيتها لكونها بشاهد واحد أو بعد إكمال نصابها بشاهدٍ آخر.

تذييل، اشتمل رسم الحكم المذكور على أربع [11 أ] تَمَسُّكات تمسَّك بها عمر وأحمد وبالقاسم أولاد محمد وهم الموصى لهم في الوصية الثانية بالثلث. أشار إلى التمسكات المذكورة في رسم الحكم بقوله بأمور منها إلخ، ثم سلك في رسم الحكم في إبطالها الترتيب الذي سلكه في سرد التمسك بها. فقوله: فظهر أن الموصي حيث قال في وصيته: لأول ولدٍ يولد لفلان الخ، أُريدَ به إبطال التمسك الأول في قوله في ما سبق منها إن المتزايد الأول له الخ.

وجواب الشيخ أبي عبد الله محمد بن عبد الرفيع وقع في الورقة [1] من مجموع نوازل المتأخرين في آخر نسخة الشامل القديمة. وقوله: وظهر أيضا أن الوصية الثانية لأولاد محمد المذكورين لا تنسخ الأولى إلى الخ، هذا إبطال للتمسك الثاني المشار إليه بقوله في ما سبق، ومنها أن الوصية الثانية لأولاد محمد الثلاثة المذكورين نسخ الوصية بالثلث الأولى إلى أخره. وبقي هاهنا تنبيه لطيف وهو أن الوصية الثانية لأولاد محمد إنما تنسخ الوصية لهم بنصف الثلث في الوصية الأولى لنص المدونة أنَّ مَن أوصي له بوصية بعد أخرى من جنسٍ واحدٍ فله أكثر الوصيتين. فأولاد محمد حيث أُوصِيَ لهم ثانيا بالثلثِ كاملاً فلا شيء لهم في الأولى والثانية لهم بها التشريك والحِصاص. فهذا التنبيه قيد في قولنا لا تنسخ الأولى أي في جزء ولد مسعود. وأما في جزء ولد محمد فتنسخ، فتأمّله. وشرط المضادّة والمنافاة بين المخصّص

1) بياض بمقدار كلمتين بالأصل.

والمخصَّص مذكور في القاعدة الثانية من قواعد العموم والخصوص من ترتيب القواعد والفروق للشيخ أبي عبد الله المغربي، وفي فائدة في آخر الفصل الرابع من باب العمومات من شرح التنقيحات لمؤلفها، وفي التنبيه الأول من السؤال الأربعين من كتاب الأحكام للشيخ شهاب الدين حيث تكلّم في بحث النية المذكورة والنية المخصصة.

وأما شرط المضادّة والمنافاة بين الناسخ والمنسوخ فهو في أول الفصل الرابع من الباب الرابع عشر من التنقيحات ومن شرحها لمؤلفها، وفي التنبيه الأول من السؤال الأربعين المذكور. والنصوص الآتي ذكرها في أصل الحكم المقتضية للتشريك تدلّ على أنه لا نسخ ولا تخصيص إلاّ بالنص عليه وبأن يقول الموصي: الشيء الذي أوصيتُ به بعينه لولد فلان هو لأولاد فلان، حسبما مرّ ذكر ذلك في جواب المسألة في الورقة العاشرة ومائتين من الجزء الرابع عن الشيخ البرزلي. ووقعتْ في المدونة بقولها: وإن قال: العبد الذي أوصيتُ به لزيد هو لعمرو فهو رجوع.

وقاعدة «ذكر بعض أفراد العام لا يخصص العموم» ذكره في القسم الثاني من قسميْ المخصص من جمع الجوامع قائلاً: ولو ذكر البعض بأخصّ من ذكر العموم حُكِم. وذكره في القاعدة التاسعة من قواعد العموم والخصوص من ترتيب القواعد والفروق وفي الفصل الرابع من باب العمومات من شرح التنقيحات لمؤلفها، واعرف ما في الورقة السادسة عشرة من الجزء الثاني مرّ. وقوله وظهر أيضا أن عقد ابن محجوبة إلى آخره هذا إبطال للتمسك الثالث المشار إليه بقوله في ما سبق ومنها العقد بالأرباع الخ.

وجواب الشيخ ابن زيادة الله وغيره وقعت في الورقة الثالثة عشرة من وصايا البرزلي. والواقع في المدونة هو [11 ب] في آخر شفعتها

في قولها ولا يأخذ الوصي للحمل بالشفعة حتى يولد ويستهلّ، وكلام الشيخ المغربي عليها في كبيره. والمراد ببعض الحفّاظ هو الشيخ البرزلي ذكر ذلك تذييلا على جواب ابن زيادة الله. وقاعدة «المحتمل لا يُقْضَى به» معلومةٌ وهذا صلح عمن لم يستحق ولم يتقرَّر له ملك. اعرف ما يتحتّم فسخه من الصلح وما يفسخ على المشهور في الورقة العاشرة ومائة من الجزء السادس مرّ، والورقة الخامسة والتسعين من الجزء الرابع مرَّ أيضا، وقسم المتنازع فيه على الدعاوى في آخر شهادات المختصر وكلام بهرام عليه هنالك.

قوله: وظهر أيضا أن المتأجل إذا أشهد الخ هذا إبطال للتمسك الرابع المشار إليه في ما مرّ بقوله: ومنها أنه كان وقع بين الفريقين ترافع لدى قاضي موضعهم إلخ. وما قاله الشيخ الطرابلسي هو في كتاب الخيار من حواشيه في قولها: وإذا كان الخيار للمبتاع فشرط البائع إن لم يأت المبتاع بالثوب قبل مغيب الشمس من آخر أيام الخيار لزمه البيع لم يجزْ هذا البيع. أرأيتَ إن مرض أو حبسه سلطان؟ والمراد بغير الطرابلسي الشيخ ابن ناجي في قول المدونة المذكور وقد أطنب فيها بجلب نازلة وقعتْ من هذا الفرع في أحكامه بباجة واستفتى شيخه أبا مهدي عيسى الغبريني وأفتاه بعدم لزومه. وقال له شيخه البرزلي: الفرس السابق تعثر. واعرف ما في الورقة الثامنة والستين من الجزء الخامس مرّ واعرف خيار برنامج الشوارد فقد أوعبتُ النقل فيه.

وقول المدونة: ومن أوصى لرجل بماله كله ولآخر بنصفه ولآخر بثلثه الخ هو في أوائل وصاياها الثاني، وكلام الشيخ المغربي عليها في رابعة الكتاب المذكور من كبيره وتكرُّرها وقع في الكتاب المذكور بعد الأولى، وتكرّر كلام المغربي عليها أيضا في تاسعة وصاياه الثاني أيضا.

وقوله: بالمعين والشائع أي المبهم كالثلث الواقع في النازلة. والمراد ببعض الشيوخ المتأخرين هو الشيخ القاضي أبو عبد الله محمد الفشتالي، ذكره في رابعة وصايا وثائقه. واعرف ما وقع في آخر الوصايا الرابع من البيان ونقلته في الجواب عن المسألة في الورقة الثانية عشرة ومائتين من الجزء الرابع مرَّ.

وقوله: كما ظهر بطلان قول مَن قال الخ، المراد بمن قال هو محمد ابن الحاج ثابت بو ربيع المنستيري. حَدَثٌ من الأحْداث وصْفُه بالجهل كثيرٌ فيه لأنه أصْغَر وأحقر وأقلّ وأجْهَل مِن أن يُقال فيه جهول. ولكن إنا لله وإنَّا إليه راجون.

وخلاصة الحكم في هذه النازلة يعرف من الجواب عنها. وقد سألني عنها مسعود في الورقة الثالثة عشرة ومائتين من الجزء الرابع، ثم سألني عنها محمد وأولاده بواسطة الكاتب رجب في الورقة التاسعة والتسعين ومائة من الجزء الخامس مرّ فاعرفه متعلقا بها بأوعب تقرير في الموضعين. والله تعالى أعلم، وبه التوفيق.

بسم الله الرحمان الرحيم، وصلى الله على سيدنا ومولانا محمد وسلم.

بعد أن توفي الأمين سالم بن علي عُرِف عديسة فورثه ابنته معيزة وعصبه حفيداه إبراهيم ومسعود ولد ولده محمد المتوفى قبْلَه لا غيرهم في علم من علم ذلك. وكانت [12 أ] وفاته قرب تاريخه من عامه واستظهر إبراهيم المذكور برسم اعتراف من جدّه سالم المذكور بمائتين كرونة ثنتيْن تحصلتْ بيده له على وجه الحفظ والأمانة من إرثه من مخلف والدته خادم الله بنت الحاج محمد عديسة. اعترف بذلك قولاً بالحق وعملاً به وخوفًا من الموت وفجأته، وهو بحال مَرضٍ مضطجع على

فراشه ثابت الذهن والميْز عارف بما يقوله ويشهد به. مؤرخ بأواخر جمادى الأولى عام تسعة وثمانين وتسعمائة [989 هـ / أوائل جويلية 1581 م] وقف عليه شهيداه. ودافعت معيزة البنت المذكورة ووكيلها التاجر أحمد الفرجوج زوج ابنتها بأنه اعتراف في المرض لوارث.

وأجاب إبراهيم المذكور ووكيله التاجر الأجل الحاج أبو طالب ساسي علوان بأن جدّه المعترف المذكور قد صحّ من مرضه الذي اعترف فيه صحة بينة. وطال بين الفريقين النزاع والترافع. وأخذ وكيل معيزة الفرجوج المذكور نسخة من رسم الاعتراف وتأجّل لما يقوله فيه أحدا وعشرين من سابع عشرين من شهر ربيع الأول الشريف بمولده -صلى الله عليه وسلم تسليما- من عام التاريخ [989 هـ / 27 أفريل 1581 م] فانقضت ولم يأتِ بحجة في إبطاله، فدعاه وكيل إبراهيم المذكور للحكم في يوم السبت غرة شهر تاريخه وطلب إسقاطه الإعذار في رسم الاعتراف الذي تأجل هو لما يقوله فيه وذلك لمضي شهر واحد وثلاثة أيام بين مدة التأجيل المذكور وبين أيام غفلته. فامتنع وكيل معيزة المتأجل المذكور من إسقاطه الإعذار وطلب أن تزاد له مدة التلوّم وأن لا عبرة بأيام الغفلة الواقعة بعد الأجل المذكور. فمنعه الشيخ الحاكم من ذلك اعتدادًا بأيام الغفلة وسجنه لإسقاطه الإعذار إلى أن عقد لهما الشيخ الفقيه القاضي المعظم قاضي الجماعة بمدينة تونس في التاريخ وهو الواضع طابعه بطرّة أعلاه مجلسًا في يوم التاريخ طلبه منه الفريقان. واستحضر لذلك الشيخ الأعدل المشارك الأقْبَل نائبه الآن ومَن وثِقَ له من المفتين الموجودين بالمدينة في التاريخ. وأدلى وكيل إبراهيم بحدوث صحة جده سالم المعترف صحة بينة.

فسئل عن ذلك معيزة ووكيلها الفرجوج المذكوران فوافقا على ذلك موافقةً تامة بالمجلس المذكور بالشهادة العادلة من أهل المجلس

وقف عليه شهيداه ورجعا إلى التمسك بأن أم إبراهيم وهي خادم الله المذكورة لا مال لها وأنها غير معروفة به، ولو سلم أن لها المال فلا تبلغ أن يصير لولدها إبراهيم المذكور منه القدر المعترف به مع تعدد أولادها، وإلى التمسّك بزيادة التلوّم بحيث لا تُحسب عليه أيام الغفلة بعد الأجل المذكور.

فنظر أهل المجلس المذكورون المشار إليهم -حفظهم الله تعالى- في ذلك بالواجب الشرعي والفقه المالكي فظهر أن أيام الغفلة تُحسَب عليه منها التلوم فلا يُزاد تلومًا آخر اعتمادا على قول الشيخ البرزلي -رحمه الله تعالى - ما نصه: انظر لو غفل عن المتأجّل عند الأجل الأول حتى مضت الآجال كلها. فأظن أني رأيت لبعض الموثّقين أنه يجتزأ بذلك. وهو عندي يجري على قاعدة مَن فعل فعلاً بحيث لو رفع إلى القاضي لم يفعل غيره هل يكون بمنزلة ما لو رفع أوّلاً؟ ومنه مسألة ما إذا هرب المكتري في كراء[1] وغيره أنه يرفع إلى الإمام فيكري الإبل في مثل ما اكتُريَ إلى [12 ب] آخر المسألة. ونحوه في حاشية الشيخ الوانوغي -رحمه الله تعالى - كل من كان لا يضرب له أَجَل الإيلاء وإنما يتلوم له فلم يُؤْبَهْ به حتى مضى مقدار تلومّه لو أُبِهَ له فإن يطلّق عليه ويعتق عليه ولا يتلوّم له إذا مضى عليه مثل ما كان يتلوّم له قاله الشيخان أبو صالح وابن عتاب.

الوانوغي: قلتُ لشيخنا ابن عرفة وصوّبه. هذا المعنى منصوص عليه في المدونة. قال في آواخر الدور: ويجوز الكراء بالخيار لأحدكما أو لكما وإن لم تؤجلاه جاز ووجَّلَهُ الإمام إلاّ أن يكون قد مضي مقداره فيوقف الآن مَن له الخيار، انتهى.

1) كلمة غير مقروءة بالأصل.

وليست النازلة من فَرْع الشيخ الشعبي واختلاف أهل الفتوى فيه لأن فرعه هو ما إذا أظهر المطلوب بعد الأجل وثيقةً أو بينةً أراد إثباتَها. وهذه النازلة لم تُظهر فيها معيزة ووكيلها وثيقة ولا بينة أصلاً. على أنه لو سلّم أنّ النازلة من ذلك الفرع فقد أجاب فيه الشيخ ابن حارث بأن الصواب التسجيل عليه ويؤخر الإشهاد فيه ليوم آخر. وأجاب الشيخ ابن عبد ربه بأنه يمضي التسجيل عليه. وأجاب الشيخ ابن مَضاء بأن القاضي إذا رأى مِن المطلوب لدَدًا أو تشغيبًا عجَّزَه وقطع حجّتَه. وبنحوه أجاب الشيخ محمد بن سليمان، وأجاب الشيخ أبو الأصبغ بن إدريس بأن لا تنفيس وعلى الحاكم تعجيزه والحكم عليه.

وظهر أيضا أن دعوى معيزة ووكيلها المذكوريْن أن أم إبراهيم لا مال لها وأنها غير معروفة به إلى آخر تمسكهما. فهذا إنما يفتقر إليه حيث يكون اعتراف المعترف المذكور في المرض الذي يعطى المريض فيه حكم المرض على ما وقع في جواب الإمام المازري -رحمه الله تعالى - في مسألة اعتراف أب لولدِه بديْن من إرثه في أمه ونصه: وإن لم يثبت اعتراف الأب في صحته وكان قد قال في المرض لولدي عندي كذا من ميراثه من أمه، وكانت الأم معروفة بالملاء واليَسَار فإن إقراره جائز وإن جهل ذلك ونازعه الورثة فعلى المقرّ له إثبات ملاء الأم فإن عدم إثباته بطل، انتهى.

فكلامه هذا ظاهر كما تراه في أن مراعاة ملاء الأم إنما هو في الاعتراف الواقع في مرض المعترف. واعتراف النازلة حكمه حكم الاعتراف في الصحة بدليل ملاء عقِبه من صحة المعترف. ومذهب ابن القاسم في المدونة ورواية أصبغ عنه أن إقرار الرجل في الصحة بديْن لوارث جائز. ونسبَه في الطرر لابن القاسم. في المدونة والعتبية: واعتراف المعترف بالحصول في قبضه لقصد التوثق للمعترف له كالاعتراف له بالدين.

وقال الشيخ ابن هشام -رحمه الله تعالى - كلّ مَن أقرَّ لوارثٍ أو لغير وارث أو لعدو أو لصديق أو لقريب أو لبعيد في صحته بمالٍ أو قبض ثمن أو برّأه فإقراره جائز لا تلحقه تهمة، انتهى. فهذا حكم الإقرار في الصحة والإقرار في النازلة منه لأجل ما لحق المعترف من الصحة. ولو سلّم أنه لا يُعرَف للام يَسَارٌ حتى يكون يَسَارُها شرطا في إقرار الصحيح كالإقرار في النازلة. فقد وقع في كتاب الاستغناء للشيخ ابن عبد الغفور -رحمه الله تعالى - ما نصه: المشاور: إن ابتاع رجلٌ أملاكًا وكتبَها باسم ابنه ولا يُعلم للابن مالُ، أنَّ مالكًا -رضي الله تعالى عنه - يُلزمه إقراره ويجعلها للابن وإن اعتمرها الأب أو سكنها حتى ماتَ، وهو الصحيح وبه العمل، لأنه قد يكون للابن [13 أ] مال بحيث لا يعلم، وأصبغ يجعله تأليجًا وليس بشيء، انتهى.

ولما ذكر القولين في أحكام الشيخ أبي المطرف المالقي وأن الأول هو رواية ابن القاسم عن مالك وبها جرى العمل. وعن أصبغ إن لم يُعْلَم للابن مالٌ فهو توليجٌ. قال: وهو قول ردئ والأول أصح، انتهى. وكون الكرائن المذكورة لم تظهرها معيزة ابنة المعترف المتولية لأموره بحيث لم توجد تحمل على أن الجدّ المعترف تسلّفها. على هذا حمل اللخمي -رحمه الله تعالى - المسألة والإشهاد المعترف به جرى مجري التوثُّق، بدليل قوله فيه قولاً بالحق وعملاً به وخوفًا من الموت وفجأتِه مع قرينة الحال في إشهاده بها في مرضه وعلى أنه إشهاد توثق فلا تُصدَّق معيزة وارثة المعترف في الردّ على المشهور، على أن لفظه المذكور هو قوله خوفا من الموت وفجْأتِه يجري مجْرى التوصية بها في مرض ظن المشهد المعترف حدوث الموت عنه. وعلى هذا فلا أثر لعدم وجدانها في داره بعْد موته ولا لبُعْد مدة الاعتراف مع ما تتّهم به معيزة ابنته الموالية له والمتولّية لأموره مِن الغيبة عليها. وحين إذ تقررت هذه المستندات

المذكورة من الجمع المشار إليه بالمجلس المشار إليه واندحضتْ بذلك تمسكات معيزة البنت المذكورة ووكيلها. أشهد الشيخ القاضي المشار إليه -حفظه الله تعالى- أنه حكم على معيزة البنت المذكورة بصحة الاعتراف المذكور في حقّها استنادًا لكون الاعتراف كواقع في الصحة. وقد اعترفتْ هي ووكيلها بحدوث صحّة المعترف من ذلك المرض بمجلسه -حفظه الله تعالى- حسبما ذكر واعتدادًا أيضا بأيام الغفلة في التلوم. وبذلك تمت الآجال والإعذار فكان هذا حكمًا مستندًا لانقضاء الآجال والتلوّمات ولوقوع الإعذار ولما قرر فيه من المستندات النقلية مُشهِدًا بذلك على نفسه حكما تامًا أمضاه، وألزم العمل بمقتضاه. شهد على إشهاده بذلك وهو على أكْمَل حال الإشهاد الشرعي بتاريخ يوم الأحد ثاني جمادى الأولى عام ألف وواحد من الهجرة النبوية صلى الله على صاحبها وسلم تسليما [1001 هـ / 4 فيفري 1593 م].

تذييل، قوله في الحكم اعتمادا على قول الشيخ البرزلي ما نصه: هو في الورقة الرابعة والثلاثين من أقضيته، وقوله ونحوه في حاشية الشيخ الوانوغي هو في ثانية العتق الأول منها وانظر كيف أخذ الحكم في مسألة إيلاء من الحكم في مسألة خيارٍ. فمسألتنا النازلة كذلك من باب لا فارق، وبمعونة كلام الشيخ البرزلي بما يوافق كلامه، فتدَبّرْه.

وقوله: وليست النازلة من فرع الشيخ الشعبي الخ، فرع الشيخ الشعبي ذكره الشيخ البرزلي في الورقة الثالثة والثلاثين من أقضيته وذكر فيه أجوبة الشيوخ المشار إليهم. وقوله: فقد أجاب فيه، الضمير المجرور بفي عائد على فرع من فروع الشيخ الشعبي وقد تبين أن جواب ابن حارث وابن عبد ربه وأبي الأصبغ بن إدريس كلها متّفقة على إمضاء التسجيل عليه. ولا يلتفت إلى وثيقته ولا بيّنتِه التي أظهر بعد الآجال وأن ابن مضاء هو الذي ردّ الأمر في إمضاء التسجيل وتأخيره إلى رأي

القاضي، فتأمله. وقوله: على ما وقع في جواب الإمام المازري نقله [13 ب] الشيخ البرزلي في رابعة إقراره، قوله: بدليل ما أعقبه من صحة المعترف، دليله قول آخر حمالتها: ومن تكفّل في مرضه لوارث أو غير وارث ثم صحّ لزمه ذلك كما لو بتَّلَ صدقة في مرضه لوارث ثم صحّ لزمتْه الصدقة إذا لم تكن على وجه وصية. فقوله: إذا لم تكن على وجه، احترازًا ممَّا إذا كانت غير مبتّلة بل معلقة على موته، فحينئذ تكون من معنى الوصية. وهذا الاعتراف في النازلة غير معلّق ولا مترقّب. وفي خامسة هبة الشيخ ابن عرفة -رحمه الله تعالى - ما نصّه سمع عيسى من ابن القاسم : من تصدَّقتْ بعبد أو غيره في صحّتها فذهب عقلها قبل حوْزِه فحوزُه باطل كموتها. ابن رشد: هو كالمرض رجوع عقلها كصحّتها ومثله سمع أصبغ. ابن عرفة: لم يحك ابن رشد والباجي خلافًا في ذلك.

ونقل البرزلي في ثامنة هبته سماع عيسى وكلام ابن رشد عليه دون ما بعده. ومرّتْ المسألة في الورقة الخامسة ومائة من الجزء الخامس واعرف ما وقع في الوصايا الثاني من حاشية الشيخ الطرابلسي. واعرف ما مرّ قريبًا في التذييل على جوابي في النازلة المحكوم فيها.

قوله ومذهب ابن القاسم في المدونة ورواية أصبغ عنه الخ، مذهب ابن القاسم ورواية أصبغ نقلهما القاضي برهان الدين بن فرحون في الباب الثامن والعشرين مِن تبْصرته في الورقة السادسة والعشرين ومائة منها، وهو في آخر حمالة المدونة. اعرف ما مرَّ قريبًا في تذييل على جواب النازلة، وكلام الشيخ ابن هشام نقله الشيخ الجدّ. وكلام الاستغناء وقع في ترجمة وثيقة بابتياع الأب لابنه الصغير في الورقة السابعة والأربعين من الطرر، وكلام أحكام الشيخ أبي مطرف بخطي في طرّةٍ على هذا الموضع من الطرر. وكلام الاستغناء وأحكام الشيخ أبي المطرف كلاهما

معارَضٌ بما تحصّل في بحث التأليج مِن بيوع البرزلي مِن أنّ الابن المبيع له إذا لم يكن معروفا بالمال فذلك قرينة مِن قرائن التأليج. اعرفه في جواب ابن زيتون وفي جواب ابن أبي الدنيا كلاهما في الورقة الخامسة والعشرين من بيوع جامع مسائل الأحكام للبرزلي. وفي جواب الشيخ أبي محمد -رحمه الله تعالى - في الورقة الرابعة والعشرين من بيوع البرزلي المذكور، لكن يمكن الجواب عن هذه المعارضة بعد تسليم النقول المتعارضة في الجهتين أن نقول: قصارى القول الواقع في كلام الاستغناء وفي أحكام أبي المطرف أن يكون مجرد خلاف في الفرع وقد حكم القاضي على مقتضاه.

والقاعدة أنّ «حكم الحاكم في مسائل الاجتهاد الخلافية يرفع الخلاف» ويصير ما حكم به الحاكم كالمُجْمَع عليه في هذه النازلة المحكوم فيها فلا ينقضه إلاّ مَنْ خَرَق الإجماع عملا بالقاعدة المذكورة. ويصير حكم الحاكم في الفرع الذي هو موضوع حكمه كنصّ من الشارع في خصوص ذلك الفرع المحكوم فيه قرره بالإجماع، حسبما صرّح به في كتاب الأحكام قائلا: وما قرره الله تعالى بالإجماع فقد دلّ دليل قطعي من قِبَل صاحب الشرع عليه، لأن حكم الله تعالى هو ما حكم به الحاكم. فإخبار الحاكم بأنه حكم في النازلة بالقول المعيّن كنص من الله تعالى ورد خاص بتلك النازلة معارض لدليل القول المخالف للقول [14 أ] المحكومِ به فيها ويبقى دليل المخالف على عمومِه في غير النازلة المعيّنة المحكوم فيها. والقاعدة أنه «متى تعارَضَ الخاص والعام وجب تقديم الخاص على العام» قال: فلو قلنا ينقض هذا الحكم لزم مخالفة هذه القاعدة أيضا مع مخالفة الإجماع. انتهى حصَّلَهُ الشيخ شهاب الدين في كتاب الأحكام في جواب السؤال السادس عشر منه في الورقة السابعة منه. والله تعالى أعلم، وبه التوفيق.

سألني محمد بن علي مسلّم ومُدَبّرهُ القارئ سالم من المنستير في أواخر جمادى الأولى عام ألفٍ وواحدٍ [1001 هـ / أواخر مارس 1593 م] عن نسخة رسم بيع قاضٍ على غائب في ديْن. نصّ الرسم بعد افتتاحه: بعد أن ترتّب بذمة عمر مسلم المنستيري ستة دنانير قدر الدينار منها اثنان وثلاثون ناصريًا تونسيًا قديمة ثمن ثلاثة أمطارٍ زيتًا مِن معاملة عومل بها لجانب حُبُس القُرّاء بالمسجد الجامع من بلد رباط المنستير، من الصدقة التي كان أوقَفَها القائد عبد الله القليعي على القراء بالمسجد المذكور، تعطى معاملة وفائدتها تكون لمن يقرأ بالمسجد الأعظم. وتوفي عمر والعدد المذكور باقٍ بذمته، فورثه ولداه محمد وأحمد. وترك المتوفى المذكور رباعًا داخل المنستير وخارجها، فبداخل المنستير دار قبلية المفتح يحدّها كذا وكذا وهي داخل الرباط معروفة بالمتوفى معرفة تامة.

وقام مَن ناب عن الحبس المذكور ورفع أمره لدى مَن يجب بالمنستير وطلب مِن ولَد المتوفى الذي هو محمد أن يمكّنه مِن حق الحُبُس، فأمر القاضي نائب الحبس بإثبات ما يجب إثباته وأثْبَت عنه لديْه الوفاة وغيْبة أحمد غيبةً بعيدة بالبلاد المشرقية عن محلّ استيطانه متصلة إلى حين التاريخ، وأنه ليس للغائب ما يؤدّي منه ديونه غير الربع المذكور. كما أثبت لديْه رسم الدين المذكور بذمة المتوفى كما ذُكِر بالدنانير الفضة القديمة التونسية بشهادة أبي بكر الدبابي والأمين إبراهيم الرجيشي. اعترف المتوفى بذلك لهما في حياته كما شهد بذلك على المتوفى ولده محمد المذكور بمحضر مَن يجب وثبتت شهادة الجميع بذلك.[1] وتقدم على الغائب أخوه محمد تقديمًا مقتضيًا للبيع والابتياع لمنابه في الربع المذكور وعلى استخلاص ثمن المبيع ودفعه

1) بياض بمقدار كلمتين بالأصل.

لجانب الحبس حتى يخلص من الدين المذكور، تقديمًا تاما قَبِلَهُ والتزَمَ القيام به. قدّمه على ذلك القاضي المذكور بعد ثبوت أهليتهِ لذلك لديه. وذلك كله بشهادة شهيديْه.

أشْهَد الآن المقدم المذكور أنه باع الدار المذكورة بجميع حقوقها وعامة منافعها بائعا عن نفسه وعن أخيه بحكم التقديم المذكور بخمسة وثلاثين دينارًا فضة قيروانية الطبع عثمانية الطبع لعبد الرحمان بن عبد الله الجنَّان، تبايَعَا وتقابضَا ثمنًا ومثمونًا كما يجب، عارفين المبيع وثمنه المعرفة التامة من جميع الوجوه. وأبرأ المقدم المشتري من الثمن براءةً تامة وتخلّصَ المتوفى وورثته من جهة دين الحبس التخلّص التام لوصول جانب الحبس إلى ماله. موضوعًا لنظر مَن يجب قَبَض من ثمن الدار ما صُورِفَ به ما وقع به التخلّص منْ [14 ب] جانب الحبس حسبما هو مذكور في غير هذا.

وبذلك بَرِئتْ ذمة المتوفى حسبما ذلك في علم شهيدَيْه وباقي ثمن الدار بين المقدم وأخيه بالسواء بيد المقدّم المذكور. شهد على إشهاد المتبايعيْن بما فيه عنهما وهما بحالة الجواز في الصحة والطوع وبمعرفتها مَن سمِع ممن يجب ثبوت ما نُسِب إليه ثبوته وثبوت السداد والصلاح في البيع المذكور في حق الغائب المذكور. حتى أنه لو نُودي على الدار بأسواق المدينة الزمان المعروف والأمد المعلوم في حق الغائب ما بلغتْ الدار في النداء أزْيَد مما بِيعتْ به، وثبوت أن أولى ما يباع الدار المذكورة في حق الغائب المذكور. وفي ذلك سداد ولا غبن في ذلك على الغائب بحسب الوقت والزمان. وذلك بتاريخ تقدَّم منذ عامين. وتأخر الوضع هنا لربيع الثاني عام سبعة وستين وتسعمائة[967 هـ / جانفي 1560م]. والتزم المقدم للمشتري عقبي درك كل قائم يقوم عليه من جهة الغائب المذكور في المبيع المذكور التزامًا لازمًا لماله وذمّتِه

وذلك كله بمحضر مَن يجب قاضيًا بالمنستير وموافقته عليه، ولثبوت موجباته وأسبابه لديه، حسبما أشهد بذلك شهيدَيْه وهو بحال كمال، من علم أنه القاضي بالمنستير في التاريخ. وفي علم مَن يشهد بعد: أن المقدم البائع المذكور لم يُبْقِ من ثمن الدار المذكورة عدا ثمانية عشر دينارًا من نعت ثمن الدار المذكورة. كما رسَمَ محمد بن محمد جعفر الهواري ومحمد بن محمد قريرة المدغري من عدول المنستير إذ ذاك مرفوع على شهادتهما بالقلم الحكمي. وأصل الرسم بخط الفقيه بدر الدين الزناني القاضي إذ ذاك بالمنستير. وبطرّته وبمحوّله الآجال الشرعية بتلوُّماتِها، وانقضاؤها على أحمد بن أحمد المذكور في الرسم، وانقضاء جميعها عليه كما يجب، واعترافه بعد انقضائها عليه بالعجز التام وإسقاطه في الشهود المذكورين. وفي الرسم المسطور الطعن والمقال الإسقاط التام مشهودًا عليه في جميعها بشهادة عدليْن من عدول المنستير عن أذن مَن يجب بها. وقف على جميع ذلك مَن يشهد بعد والطالب حين التاريخ هو في حق شقيقته لطيفة بتوكيل منها تام بيده ثابت لدى من يجب الثبوت التام.

فهذه نسخة ذلك السؤال بخط الفقيه إبراهيم بن محمد الكلثومي السوسي بعد افتتاحه: جوابكم المبارك بعد تأمّلكم نسخة الرسم المسطورة في الأعلى وما اشتمل عليه من القيام بالدين على المتوفّى، وتقديم الشيخ القاضي على الغائب بعد إثبات الغيبة واتصالها، وإثبات العدد المسمّى من الدين وتسليم الدار لأجل الديْن المذكور. وقد كان أحمد الغائب المذكور توفي إلى عفو الله تعالى في أثناء مغيبه بالبلاد المشرقية وورثه زوجه وأولاده منها بالبلاد المشرقية. وقام الآن مِن ورثته مَن يطلب حقّه في الدار المذكورة ونازع المشتري في ذلك وزعم أن عمر مسلم المدين المذكور ربّ الدار المذكورة كان مِن ملاَّك بلد

المنستير وأنّ غلات رِباعِه وفوائدها تفي بالدين الذي عليه ويفْضُل، وأن بيع الدار في العدد المذكور كان على غير وجه النظر، وان في تركته من [15 أ] السواد والبياض ما هو أولى من الدار بالبيع. وقدح أيضا في نفس بيع الدار المذكورة بكون الشهود أخلّوا بذكر يمين القضاء وبكون الرسم المذكور سقط منه الحكم بتسويق الدار وتعريضها للنداء والزيادة الأمد المتعارف في ذلك. قال: وأيضا فالدين عددٌ يسيرٌ فكان الوجْهُ أن لا يُباع من الدار إلاّ بنسبته فقط، وبيْع ما زاد عليه تَعَدٍّ ليس هنالك مُوجبٌ لبيعه. فتأملوا -حفظكم الله تعالى- هذه القوادح التي أوردها القائم المذكور هل يُعمل على مقتضاها أم لا؟ والحالة أن الرسم المذكور اشتمل على كل الفصول التي يستند الشرع إليها في بعض بيع الأعيان المالية في الحقوق الثابتة على الغائب أو المتوفى إلاّ يمين القضاء فإنه سقط كما تَروْنَ هو والنداء والشهرة. فهل يتوقّف الحكم عليهما فيختلّ حينئذٍ الرسم المذكور بسقوطهما أم لا؟ ويمين القضاء هنا متعذرة لأن طالبَ الحق وهو جانب حبس القرّاء غير معيّن فتسقط اليمين لذلك؟ وهل يختلّ الرسم المذكور أيضا لخلوّه من النداء والتسويق أو لا يختلّ؟ لأن معرفة السداد في البيع في وقت التبايع وإثبات ذلك لدى الحاكم يغني عن التسويق -على ما لا يخفى- لأنه إذا علم اشتمال الحكم على المقصد المعتبر يسقط اعتبار الوسيلة. وتأملوا أيضا ما ذكره القائم في بيع ما زاد على قدر الدين المذكور من الدار هل للقائم فيه تكلُّمٌ أم لا؟ جوابكم عن ذلك كله تؤجروا والسلام.

فأجبت عنه بما نصّه: وعليكم السلام ورحمة الله تعالى وبركاته. الحمد لله، تأملتُ النسخة المسطورة أعلاه ووقفتُ على ما اشتمل عليه السؤال. وإذا كان الأمر كما ذكر فهذا الحكم المذكور اشتمل على أمور ثمانية وهي: وفاة المدين وغيبة ولده أحمد المبيع عليه في

الدين وأنه ليس للغائب ما يؤدي منه الدين غير الربع المذكور ورسم الديْن وتقديم محمد للبيع على أخيه أحمد الغائب وأهليته للتقديم والسداد في الثمن بحيث لا غبْن فيه بحسب الوقت، بحيث لو نُودِيَ على المبيع الأمد المعلوم في حق الغائب ما بلغ أزْيَد مما بِيع به وأن الدار أوْلَى ما يباع في حق الغائب المذكور. فهذه أمور ثمانية تَرَكَ في رسم الحكم تسمية البينات الشاهدة بها في خمسة منها وسمّاها في ثلاثة وهي تقرّر الدين فذكر أن شهوده الدبابي والرجيشي ومحمد أخو الغائب والتقديم والأهلية فذكر أن ذلك بشهادة شهيديْ الحكم. فالإشارة إلى أقرب مذكور كالضمائر، والقاعدة أنّ تسمية البينات في رسم الحكم على الغائب واجبة على القول بإرجاء الحجة له. وهو قول أبن القاسم وروايته عن مالك، وهو المشهور. وإن لم تسمّ البينة فالقضية مردودة ويُستأنَف الحكم، صرّح بهذا غير واحد من شيوخ المذهب. وهذا الوجه كافٍ في حل الرسم المذكور وبطلان الحكم المسطور وعدم الاعتداد به شرعًا. وفيه قادحان آخران أغْفَل السائل ذكرهما أيضا وكلّ منهما على انفراده مقتضٍ لحلّه لكن أضْرَبْنا عن ذكرهما خوف الإطالة واكتفاءً عنهما بما اقتصرنا عليه. وعلى هذا فتأجيل مَن تأجّل أعلاه للإعذار في رسم [15 ب] الحكم أو اعترف بإسقاط الطعن والمقال فيه غير لازم له عملاً بما نصّ عليه القاضي أبو الأصبغ -رحمه الله تعالى-: أن الإعذار في الشيء الناقض لا يُفيد شيئًا ولا يوجب حكمًا. زاد في إعلام الرّفاق: والمذهب أنّ العقود الناقصة لا يصحّ توجيه الإعذار فيها. فعلى القاضي المنصوب لإقامة الأحكام الشرعية أن يقيم قراء لوظيفة القراءة ويستأنف الحاكم الشرعي على القانون الشرعي بعد فسخ الحكم المذكور. والله تعالى أعلم، وبه التوفيق. تذييل، قولنا: صرّح بهذا غير واحد من شيوخ المذهب اعرفه في سادسة أقضيه وثائق الشيخ أبي

عبد الله الفشتالي وقد اقتصرتُ على لفظه، واعرف آخر الركن الخامس من التبصرة في الورقة الخامسة والثلاثين منها وعزا تسمية البينة لما به العمل في الورقة السابعة والأربعين منها، وكذلك في الصغير وفي فرع في الباب الخمسين منها في الورقة الرابعة والستين ومائة منها تصريح بأن تسميتهم هو المشهور، وفي آخر أقضية الشامل: ونُقِض إن لم يُسمِّ البينة على المشهور، انتهى. وذلك بخلاف بينة المفلس. اعرفها في باب التفليس من الشامل.

قولنا: وفي رسم الحكم المذكور قادِحانِ آخران الخ أحدهما إهمال يمين القضاء سواء قلنا إنها تعبّد أو قلنا إنها لحقّ آدمي. فعلى الأول لا إشكال وعلى الثاني فلا تترك إلاّ بتركها مَن هي له أو يصالح عنها. ولم يقع شيء منهما في هذه النازلة فيجب فسخ هذا الحكم لذلك بهذا التقرير. لا يُقال قد ذُكر في السؤال القدح بترك يمين القضاء فكيف تقول في أصل جوابك إن السائل أغفل هذين القادحين؟ وهذا القادح منهما وقد ذكره السائل ولم يغفله لأنا نقول: لم يذكر في السؤال تركه على التقرير الذي قررناه به، وتركه إنما يكون حجّة في بطلان رسم الحكم بحسب التقرير الذي قررناه لا بحسب الذكر الذي ذكره في السؤال. ألا تراه قد ذكر في السؤال حتى وَهَن توجّه يمين القضاء بتعذّره لأن طالِبَه وهم القراء غير معيّنين. وقد قلنا في الجواب: إنه يجب على القاضي المنصوب للأحكام الشرعية أن يقيم قُرّاءً لوظيفة القراءة حسبما يأتي التنبيه عليه وتقريره. وثانيهما عدم ثبوت ملكية عمر مسلم المتوفّى المدين المذكور للدار المبيعة المذكورة وملكية أحمد الغائب لشقصه المبيع عليه منها وثبوت الملكية في ذلك شرط في صحة الحكم، فالحكم دونه باطل. قال في الورقة العاشرة في قسم نهاية التحصيل: لا يبيع القاضي دارًا لميّتٍ عليه دين حتى يثبت عنده موت مالكها وعدَّة ورثته وملكيته لها لا بإقرارهم.

وكان بعض القضاة ببلدنا أمر ببيعها والنداء عليها دون ثبوت ملكيتها لأنَّ صاحب الدين صديق ملاطِف له ومن عدول الموضع، فَرُفِعتْ القضية إلى صاحبنا الشيخ أبى عبد الله محمد الحاتمي فأنكر عليه ذلك. وإنكاره صواب فما رفع يده عن بيعها إلاّ عن كره وتتابعتْ به الشكوى لأمير المؤمنين حتى عُزِل وأراح الله المسلمين منه، انتهى.

وفي حاشية بخطِ الشيخ [16 أ] الجد الأسفل سيدي عبد الجليل مؤلف الصلاة على النبي -صلى الله عليه وسلم تسليما- ما نصُّه: هو القاضي عمر بن عبد الواحد الإسماعيلي الوسلاتي -لا رحمه الله تعالى- انتهى.

الواقع في رسم الحكم المستفتى فيه ملكيتها حكاية من غير بينة مستوفاة مسماة كما لازم في القول المشهور ولا بمجرّد ثبوت عند القاضي كالثبوتات في الأمور الخمسة المذكورة أسماؤها في صدر الجواب، فتأمل ذلك. ونهاية التحصيل هو كبير الشيخ ابن ناجي ذكره في قول قسمتها وإذا قسم القاضي بين الورثة لم يأخذ منهم كفيلاً بما لحق من دين في الورقة العاشرة مِن قَسَم كبيره. ونص القاضي أبو الأصبغ ابن سهل -رحمه الله تعالى - هو في آخر الفصل الخامس في التنبيه على أحكام يتوقف سماع الدعوى بها على إثبات فصول من التبصرة في الورقة التاسعة والخمسين منها، وكرره في القسم الخامس في الإعذار وتوابعه من الركن السادس في الورقة الخامسة والستين منها، واعرف ذلك في الورقة السابعة والستين من الجزء الخامس مرَّ. وأعلام الرفاق هو للشيخ الجدّ الأعلى ذكره في الورقة الرابعة والعشرين منه. قال: والمذهب أن العقود الناقصة لا يصح توجيه الإعذار فيها ولو أسقطه المعذر إليه فلا يعمل على إسقاطه، وبطلان اللازم يقتضي بطلان الملزوم جزْمًا، اعرف بقيته فيه.

قولنا أن يقيم قرّاء لوظيفة القراءة أي ولا يهمل حق الحبس ليتوجّه الطلب باليمين نحوهم، لأن أرباح المال كامنة فيه فيحلفون لاستحقاقهم أرباحه الحاصلة في الحال.

وبقي تذييل على السؤال، ما ذكره مِن زعْم القائم الوارث لأحمد الغائب أن غلاّت رباع عمر مسلم المدين تفي بالديْن وأن بيع الدار في العدد المذكور على غير وجه النظر وأنّ تركَته السواد والبياض ما هو أولى من الدار بالبيع. هذه الدعاوى الثلاث يردّها ما أثبتَه القاضي أنه ليس للغائب ما يؤدّي منه ديْنه غير الربع المذكور وأنّ الدار أولى ما يباع وأن البيع المذكور سداد وصلاح في حق الغائب ولا غبن عليه فيه بحسب الوقت، إلى آخر ما ذكره في الرسم. وهو لو أسنده إلى البيّنة به وسمّاها صحيح بناء على ما نقله الشيخ ابن ناجي عن اللخمي في الورقة السادسة عشرة من مِدْيان كبيرِه: إذا كان الثمن الأول مستوفى لا ترجى عليه زيادة ويرى أن المبادرة بعقد البيع أولى خوف أن ينثني رأي المشتري عن الشراء أمضاه القاضي، وكذا إن أخذه بعض الغرماء بما لا ترجى بعده زيادة.

قال ابن ناجي: وبه حَكَم شيخنا الزعبي قاضي الجماعة بتونس قائلا: وإن كان ظاهر كلامهم لا بدّ من النداء لكن فائدة النداء عليه أن لا يغبن وتبعتُه فحكمت به، اعرف ذلك في حجر البرنامج موعبا.

قلتُ: هذه الوجوه التي ردَّتْ ما زعَمَهُ القائم كفت في الرد لأنها إنما كانت غير مسموعة أي غير صحيحة في نفسها من حيث عدم تسمية البينة بها في رسم الحكم، فبطلانها من هذه الحيثية لا من حيث [16 ب] ما زعمه القائم فتأمّلْه. والقدح بخلوّ رسم الحكم عن تسويق الدار والنداء عليها والشهرة يُردّ بما أثبته من السداد في الثمن بحيث لو

نُودِي عليها الأمد المعلوم في حقّ الغائب لم تبلغ أزْيَد مما بيعتْ به، وقد قررنا الآن سنده. والقدح بكون الديْن عددًا يسيرًا فكان الشأن أن لا يباع من الدار إلاّ بقـدره، لأن ما زاد عليه بيعه تَعدٍّ يُرَدّ بأنه عَملُ غالب القضاة.

قال الشيخ أبو عبد الله الفشتالي في بحث بيع القاضي على الغائب في ديْن في الورقة الخامسة عشرة من بيوع وثائقه ما نصّه: بيْع جميع الدار وإن كان ثمنها أكثر من الدين عليه جَرى عمل أكثر القضاة ولا يلتفتون إلى ما في ذلك من تفويت ما لا تدعو الضرورة إليه وهو ما زاد على مقدار الديْن. وعن ابن عبد الحكم: لا يبيع إلاّ بقدْر الديْن بخلاف ما إذا كان المبيع غلامًا أو جاريةً فإنه يبيع جميع ذلك لضرر الشركة فيه، وفيه نظرٌ إذ بيْع الجزء أبخس من بيع الكلّ إلاّ إذا كان بيْع الجزء وبيْع الكلّ يختلف بالكثرة والقلة، فتأمله، انتهى من الوثائق.

قلت: قول ابن عبد الحكم ومقابله دون ما نظر به الشيخ. نقلهما البرزلي في الورقة السادسة من مديانه. ووقع في ثالثة قسم المدونة ما نصّه: ومَن هلك وعليه دين وترك دارًا بِيعَ منها بقدر الديْن وقسَم الورثة باقيها، ولم يتعقب ابن ناجي والمغربي في كبيريْهما فيها شيئا. ذكرها ابن ناجي في الورقة العاشرة من قَسَم كبيره ويعرف بما نظر به الشيخ الفشتالي وهو بيّن لأن التشقيص لاَزَمَه بخس الثمن في غالب العادة بخلاف التصفيق ولعل مسألة المدونة تُحمل على ما إذا كانا في العادة سواء. والله تعالى أعلم.

وأما القدح بخلوّ الحكم المذكور عن يمين القضاء فصحيح لكن لا بالطريق التي سلكها السائل بل بطريق آخر تقريرها أن يمين القضاء إما تعبدٌ وإما لحقّ آدمي فعلى التعبّد لا يصحّ إسقاطها بوجه وعلى أنها حق

لآدمي كالغائب أو وارثه أو ورثة المدْيان الميّت فالحق فيها لهم فلهم إسقاطها والصلح عنها وللقاضي الصلح عنها في حق المحجور.

قال الشيخ ابن ناجي في الورقة الرابعة عشرة من شهادات كبيره ما نصّه: المتبادر للذهن أنّ الحقّ في يمين القضاء للورثة فلهم أن يسقطوها أو يُصالحوا عنها. والعمل بالقيروان أن القاضي يصالح عنها في حق المحجور. وقال ابن رشد -رحمه الله تعالى - في العدة وطلاق السنّة لو تمالأ الورثة على إسقاطها لم يكن لهم ذلك ورآها تعبّدًا. والأقرب عندي على ما قال إنما هو مراعاة لحق غيرهم لاحتمال أن يكون على الميت دين لمن لم يحضر، انتهى.

فهذا بيّن في ما قلناه لأنه على التعبّد لا إشكال في القدح به. وإن قلنا الحق فيه لآدمي من وارث أو ربّ ديْن أو للغائب نفسه إذا قدم احتيط له حياطة على ماله فقد صرّح بأن للآدمي الذي هو من حقه إسقاطها والصلح عنها وكلاهما لم يقع في هذه النازلة، فيختلّ الحكم بإهمالها بدون وجه من الوجهين المذكورين فتأمله.

وفي آخر أقضيه الشامل: وهل هي واجبة أو [17 أ] استظهار؟ قولان انتهى. وتحقيقه ما مرّ من كلام ابن ناجي، واعرف بحثها في ترجمة بيع السلطان على غائب عقاره في دين، في الورقة الثالثة والخمسين من الطرر عن جواب ابن رشد -رحمه الله تعالى -. وفي سادسة مديان الشيخ البرزلي -رحمه الله تعالى - وكررها في الورقة الثانية والثلاثين من أقضيته وهي في الورقة السابعة ومائة من التبصرة في آخر الباب الخامس منها.

وقول السائل: والحالة أن الرسم المذكور اشتمل على كل الفصول التي يستند الشرع إليها في بيع الأعيان المالية في الحقوق على الغائب

يُرَدّ بخلوّه عن تسمية البينات الشاهدة هي في السبعة أمور المذكورة فيه حسبما مرّ ذكره في الجواب. وبخلوه عن ثبوت ملك المدين المتوفّى والغائب في الدار المبيعة وإنما وقع في الرسم حكاية وقد مر ذكره.

وقوله: إلاّ يمين القضاء والنداء والشهرة. أما يمين القضاء فمرّ ما فيه قريبًا وأما النداء والشهرة فقد قام مقامه السداد في الثمن كما قررناه قبلُ غير أن الباقي عليه في رسم الحكم إنما هو عدم تسمية البينات الشاهدة عند القاضي بمستنداته حسبما بيّنّا ذلك كله مرارًا.

وقوله: إذا علم اشتمال الحكم على المقصد المعتبر سقط اعتبار الوسيلة، هذا مما يفتقر إلى النص بالاستناد إليه على هذا التقرير وقد علم أن إمرار الموسى على الأقرع في باب الحج مطلوب مع العلم بأن المقصد حاصل فيه فلا بدّ حينئذ من نقل يحصّل الفرق بين الوسائل المفتقر إليها ولو كان المقصد حاصلا بدونها وبين غيرها من الوسائل حتى يعلم أن هذا الفرع غير محتاج إلى وسيلة عند العلم بحصول مقصده. لكن ما نقلناه عن الشيخ ابن ناجي عن شيخه الزعبي يرشد إليه إلاّ أن السائل لم يعرج عليه إنما حَكَّم مجرّد عقله فتأمله.

وقوله سقط اعتبار الوسيلة لو تلطّف لكان أجمل به بأن يقول: فالظاهر ببادي الرأي أن يسقط اعتبار الوسيلة فيكون مسْتبرِئًا لدينه وَجِلاً مِن الوقوع في مصادفة نقلٍ يخالف ما أبرزتْه فكْرتُه. ولو تمسّك في هذا بقاعدة أن «كلّ تصرف قاصر عن تحصيل مطلوبه فإنه غير مشروع ويبطل إن وقع» كان أَمَسّ من إرسال كلامه بلا مستَنَد قبل عثوره على كلام الشيخ الزعبي. وهذه القاعدة نقلها في الورقة الرابعة والعشرين من إعلام الرفاق عن الشيخ شهاب الدين القرافي وسَلّمها مقتصرًا عليها مستدلاً بها.

قلت: واعرفها في القاعدة الموفّاة عشرين من قواعد البيوع مِن ترتيب القواعد والفروق للشيخ أبي عبد الله المغربي التلمساني -رحمه الله تعالى-.

الحمد لله، سألني القاضي أبو عبد الله محمد بن موسى قاضي تونس في التاريخ نائبًا عمن طلب منه ذلك وهو درويش المذكور بعد في أواخر جمادى الأولى عام ألف واحد [1000 هـ / أواسط مارس 1592 م] عن نسخة وثيقة من السجل بعد افتتاحها وهي بخط أحمد ابن فتح الله: يعرف شهوده محمود بن حسين الرُّوصُو معرفة صحيحة تامة ويشهدون مع ذلك بأنهم سمعوا منه مرارًا [17 ب] متعدّدة ببلد بنزرت في قائم حياته اعترافه أنّ أباه حسينًا المذكور كان مملوكًا لوالد حاجي بالي رايس واسمه حاجي علي، من ذكر ابن حاجي بالي، وأنه هو الذي أنعم على والده حسين بالعتق. ثم توفي والده حسين وتركه، وأنه قدم مع حاجي بالي لبلد بنزرت، وبان محمود الآن توفي وأنّ الأحقّ بميراثه في علمهم درويش ابن بالي ابن حاجي علي المنعم على والده حسين بالعتق بحكم الولاء. فمن سمع منه ما ذكر قيّد بذلك شهادته هنا مسؤولة منه بتاريخ سابع عشر جمادى الأولى عام ألف [1000 هـ / 1مارس 1592 م] محمود بن أحمد خوجة التركي شهد بما عدا معرفة المعتِق والمعتَق، وبعده أربعة شهدوا كذلك انتهى.

السؤال يَتْلُو أسماء الشهود الخمسة بعد افتتاحه: جوابكم بعد تأمّلكم من الرسم المذكور أعلاه هل إقرار محمود المذكور بأن أباه معتَق لمن ذكر نافع ويصحّ لدرويش ابن حاجي بالي بذلك الإرث بحكم الولاء ولا كلام لجانب المخزن في ذلك أم لا؟ وهل يلزم درويش إثبات اسم جده ممنّ يعرفه عينًا أم مجرد السماع بأنه فلان ابن الفلاني. إذا لم يجد من يعرفه عينًا كما في جوابكم؟ والسلام.

فأجبتُ عنه بما نصّه بعد افتتاحه: إذا كان الأمر كما ذكر فالوثيقة المذكورة حاصِلُها اعتراف محمود أن أباه حسينًا كان مملوكًا لوالد الحاج بالي، وأن والد الحاج بالي هو الذي أعتقه فلا بد من إثبات الوفيات التي يتوصل بها درويش ابن الحاج بالي إلى وراثة مخلفات محمود المعترف. وقول الموثق وأن الأحق بميراثه الخ جعله من شهادة الشهود، ثم أضرب عنه أخيرًا. وقد خلت وثيقة الاعتراف عن ذكر تاريخ السماع من محمود وخلتْ الشهادة عن إعمالها عند الحاكم المؤداة عنده الشهادة، وخلتْ عن تقييد الاعتراف بحالته الجائزة شرعا وخلت عن التصديق. فإذا أضيف إليها ما خلت عنه وثبتت الثبوت الشرعي وثبتتْ الوَفيات صحّ ميراث درويش لمخلف محمود المعترف إلاّ ببيّنة تكذّبه. والله تعالى أعلم، وبه التوفيق.

تذييل، قولنا: فلا بدّ من إثبات الوفيات هذا لما في الورقة السابعة والثلاثين من شهادات كبير ابن ناجي وفي ثالثة المباني اليقينية وقول وثيقة الاعتراف المسؤول عنها وأن الأحق بميراثه في علمهم الخ أبطله الموثّق بقوله في آخر وثيقته: بل فمن سمع منه ما ذكر قيّد بذلك شهادته فقد أضْرَب بلفظ بل غير السماع منه. وقوله في أسماء الشهود: شهد بما عدا معرفة المعتِق والمعتَق معناه بما ذكرت الشهادة به وهو السماع منه فقط.

وقولنا: وقول الموثق إلى قولنا أخيرًا جواب عن سؤال مقدّر وهو أن يقال لا يفتقر إلى إثبات الوفاة لأجل اعتراف محمود بالولاء وبأنّ حفيد المعتق هو الأحقّ بالإرث. فأجبتُ عنه: بأن قوله وبِأنّ الأحقّ بميراثِهِ حفيد المعتق هو من قول الشهود ثم أضرب عنه في آخر الوثيقة حيث جعل محطَّها ما سمع منه لا ما علمه الشهود فسقط اعتباره. [18 أ] وقولنا: وقد خلت عن ذكر تاريخ السماع من محمود أي وتاريخ

السماع منه لا بُدَّ من ذكره لأنه عند ظهور معارض وقت الإعذار يُهتدى بالتاريخ إلى معرفة الأقدم تاريخًا والأحْدث مِن المتعارضيْن، فيظهر ما ينفرد منهما بالإعمال وما ينفرد بالإهمال. اعرف الورقة الثانية عشرة من العتق وتوابعه مِن البرزلي عن وثائق الغرناطي مِن تمام وثيقة الموت والوراثة والملك أن يحدّ الشهود المدة التي عرفوا ملكه للأملاك فيها فربما قام قائم بوثيقة أخرى بالملك فيهتدَى بالتاريخ إلى معرفة الأقدم ملكًا في ذلك، انتهى.

واعرف الورقة التاسعة والسبعين ومائة من الجزء الرابع. وقد ختمنا الجواب بأن الاعتراف إذا انعقد على الوجه الذي بيّنّاه فإنما يبطل ببيّنة تكذّبه. فإذا قِيمَ ببينة معارضة لقصد تكذيبه وقت الإعذار يحتاج إلى النظر إذ ذاك في تاريخهما لما ذكرناه، فاعرف ذلك.

وقولنا: وخلت الشهادة عن ذكر إعمالها عند الحاكم الخ أي فعدم كتْبِه فيها عامل وعدم كتْبِه وثيقة العمل قرينة في عدم قبولها مع أن أصل الناس الجرْحة عند مالك -رضي الله تعالى عنه - فلا يصحّ عنده شهادة المجاهيل الذين لا يُعرفون بتزكية، فلا بدّ من تزكيتهم لتقبل شهادتهم إما بعلم القاضي وذلك جائز له على المشهور وإمّا بمُزَكٍّ. اعرف شهادة المجاهيل في الثانية ومائة من الجزء الرابع، واعرف ما في الورقة الثانية والثلاثين ومائة من الخامس وهي في الورقة الرابعة والعشرين من أقضيه البرزلي موعبة.

وقولنا: وخلتْ عن تقييد السماع من محمود بكونه في حالته الجائزة، هذا ظاهر، وقد يقال فيها وجه آخر من الخلل وهو كون الشهادة لا على العين ولا على الصفة مع أنها شهادة في حرية، والشهادة في الحرية لا بدّ أن تكون على العين وإلاّ فعلى الصفة باختلاف. لكن حكم

القاضي أبو الوليد بن رشد -رحمه الله تعالى - بصحّتها مع وقوعها على الصفة. اعرفه في سادسة سرقة الحاوي وفي خامسة عتقه وفي السابعة والعشرين من غصْبِه تكررت، وهي وإن كانت اعترافًا لكن الأعيان كلهم أموات. وقولنا: وخلتْ عن التصديق هذا لأنه جعله في المدونة شرطاً ونحوه في الشامل ويأتي نص ولائها.

وقولنا: وثبتت الثبوت الشرعي. الثبوت الشرعي هو نهوض الحجة عند الحاكم وإنما تنهض الحجة بها عند الحاكم إذا كانت مسقوطة الإعذار. وقولنا: وثبتت الوفيات مرّ التنبيه عليه. وقولنا: إلاّ ببينة تكذّبه هذا لما في أول ثالثة ولائها: ومن أقرّ أنّ فلانًا أعتقه وفلان يصدّقه فإنه يستحق بذلك ولاءَه وإن أكذبه قوْمُه، إلاّ أن تقوم بيّنة بخلاف ذلك فيؤخَذُ بها. وكذلك إن أقرّ بذلك عند الموت فإنه يصدق ورثة فلان إن لم تقم بينة بخلافه ذلك، انتهى.

الشيخ المغربي في صغيره قوله: إلاّ أن يقيم بينة بخلاف ذلك أي أن المقرّ أمه عربية لم يتقدم عليها رِقّ، أو بأن ولاءه قد حازه غيره. وفي ولائها قبول القولة المذكورة عن ابن القاسم ما نصّه: ومن أقام بيّنة أن هذا [18 ب] الميت مولاه لا يعلمون له وارثًا غيره لم تتم هذه الشهادة حتى يقولوا أعتقه أو أعتق أباه أو يشهدوا على إقرار الميت أنه مولاه أو على شهادة بينة أن هذا مولاه. قال أشهب: إن قدر على البينة لم يُقْضَ بها حتى يكشفوا عن ذلك وإن لم يقدر عليهم حتى ماتوا قُضِيَ له بالمال وبالولاء. الشيخ البرزلي إثْرها في خامسة عتقه: هو وِفاقٌ على ما قيّدناه عن بعض شيوخنا، وهو يقتضي الحرية، لكن قول ابن القاسم في طلبه لفظة أعتقه تتميمي هل هو مولى عتاقة أو مولى ولاء بالانجرار، انتهى. وكرّره في الورقة الحادية والعشرين من غصْبة.

الحمد لله، سألني إبراهيم بن أحمد عرف بوعَشُّور الملُّوشي السوسي في أوائل جمادى الأخرى عام ألف واحد [1000 هـ / أواسط مارس 1592 م] عن نسخة صداق بعد بسملَته وتصليته: تزوّج على بركة الله تعالى عبد الرحمن بن بلعيد بن سالم عُرف بو عَشُّور الملوشي فاطمة بنت أحمد عرف بو عشُّور أيضا على صداق ملك به عصمتها مقدّمه خمسة وثلاثون دينارا عينًا ذهبًا وخادم أعجمية الأصل وشمياطة[1] والقمح واللحم. ومؤخره أربعون دينارًا كبيرة كلّ منها اثنان وثلاثون درهما مُنْتَصريا قديمة تونسية. والجميع يقدّمة الزوج للزوجة المذكورة بالحلول. عقد نكاحها منه بذلك والدها المذكور بحق أبوته لها إذ هي بكر في حجره حِلٌّ للنكاح. وحضر الزوج المذكور فقَبِل ذلك قبولاً تامًا وارتضاه وألزم ذمته الشرط المسمى حالاً وأمْضَاه، فَتَمّ بينهما كما يجب. شهد على الصهريْن المتعاقديْن فيه وهما بحال الجواز وعرفهما تقدّم منذ أشهر. وكُتِب أوائل شعبان عام ستة وسبعين وتسعمائة [976 هـ / أواسط جانفي 1569 م] عبد الله بن محمد بشير الخيري ومحمد ابن محمد بن أحمد السوسي. وتحت وضْعهما علامة الرفع على الخط مثالها: شهد على خطيهما: الحمد لله، نسخة رسم بعد افتتاحه حضر لشهيديْه التاجر سالم ابن التاجر بالعيد بن سالم بوعشُّور وذكر أنه اتّصل به أن أخاه لأبيه عبد الرحمان تزوّج فاطمة بنت أحمد بن علي بوعشّور وأنه وصيّ عليه مِن قِبَل والده المذكور مجعول له النظر وأنه لم يزل في ثِقاف الحجْر. وبعد ذكره لذلك أشهد أنه فسَخَ نكاحه لأن في ذلك من المصلحة الحالية وعدم السداد في حقه في التزويج، إبطالاً تامًا بحكم ما بيده عليه من الحكم. وشهد على الشهادة بذلك وهو بنعت الجواز والمعرفة به تامة. وعلم أنه وصيّ ولم يزل في حجْره حتى التاريخ في

1) كذا وردت الكلمة بالأصل ولم نجد لها تعريفا في المصادر اللغوية.

أواخر قعدة الحرام من عام خمسة وسبعين وتسعمائة [975 هـ / أواخر ماي 1568 م] الفقيه عبد الرحمان ابن الفقيه إبراهيم الشريف الحسيني والمراد عمر بن عبد القادر الراوي ومحمد بن عبد الله بشير.

وتحت شهادة كل واحد منهم علامة الأداء مثالها شهد. ويلي ذلك رسم الثبوت بشهادة عدلين من عدول سوسة.

السؤال بعد افتتاحه: جوابكم بعد تأملكم من نسخة عقد النكاح المسطورة في الأعلا ومن نسخة الفسخ المسطورة تحتها والحالة أن الدنانير الذهب إذا عقد بها النكاح في موضع النازلة فالمراد بها العبدلية والقمح واللحم يطلقونه، وهو [19 أ] متعارف قدره عندهم. فالمراد به نصف قفيز قمحا ونصف ثور لحما. وقد تبين أن عقد النكاح تاريخه أول شعبان عام ستة وسبعين وتسعمائة [976 هـ / أواسط جانفي 1569م] وأنّ تاريخ الفسخ أواخر قعدة عام خمسة وسبعين وتسعمائة [975 هـ / أواخر ماي 1568 م] فصار عقد النكاح المذكور بعد الفسخ المذكور بثمانية أشهر والحالة أن عبد الرحمن المذكور كان رَشد شهِدتْ فيه بينة بالرشد وأسقط فيها الإعذار وصار رشيدًا كما يجب شرعا. فهل -رضي الله عنكم- ينسحبُ الفسخ المسطور أعلاه على ما كان سابقًا عليه من النكاح أو ينْسَحَبُ على ما حدَث بعده وكان وقت الفسخ المذكور في علم الغيب؟ وإذا قلتم بأنه لا ينسحب الفسخ المذكور على العقد المذكور لكون العقد المذكور حدث بعد تاريخ الفسخ فهل لوصيّه المذكور أن يفسخ الآن هذا العقد لأن الوصي ما زال حيًا والزوج مات، أو ليس للوصي أن يفسخه الآن لأجل أن الزوج رَشَد إذ ذاك ولم يبق للوصي عليه نظر برشده المذكور؟ جوابكم شافيًا تؤجرون، والسلام.

أجبتُ عنه بما نصّه: وعليكم السلام ورحمة الله تعالى وبركاته. الحمد لله، تصفّحتُ نسخة عقد النكاح ونسخة فسخ الوصيّ المسطورتيْن

في الأعلا ووقفتُ على ما اشتمل عليه السؤال. وإذا كان الأمر كما ذُكر وكانت الدنانير الذهب والقمح واللحم متعارَفة في موضع النازلة في عقودهم كما ذكره السائل فعقد النكاح المذكور صحيح عامل ولا يعارضه فسخ الوصي الذي أشهد به في أصل النسخة أعلاه، لأن الفسخ المذكور سابق على عقد النكاح المذكور بخمسة أشهر، والعقد المذكور صار بعده بهذه المدة فكيف يتسلّط عليه الفسخ وهو غيْبٌ في وقت الفسخ لم يبرزْ إلى الوجود؟ نعم فسْخ الفاسخ إنما يتسلّط على عقدٍ سبق على فسخه وتعلّق به عِلْمه بسبب سبْقه لا على عقد لم يخرج مِنْ كنّ الغيْب وقت الفسخ كحال هذا العقد المنسوخ أعلاه. وليس للوصي المذكور أن يتعرض لهذا العقد بعد رشد المحجور وخروجه من ولايته بفسخ حادثٍ لأنه إذا لم يعلم به وصيه حتى خرج مِن ولايته ثبتَ النكاحُ ولا خيار للوصيّ على الأصحّ. وقاله أيضا في وثائق ابن فتوح : وغير النكاح بخلافة.

وقول بعض الشيوخ: إذا مات الزوج لا شيء للزوجة على المشهور، فسّره بعض الأشياخ بأنه قول ابن القاسم في العتبية وساقَه. وعلى هذا التفسير تخرج النازلة عنه لأن مسألة العتبية المسوقة الزوج فيها باق على حكم الولاية والسَّفَه، وهو في النازلة قد خرج مِن الولاية على ما وقع في السؤال ووقع عقده المنسوخ ثم موته بعد رشده فلا يتسلّط على عقده وزوجه حكم المشهور المفسر لما في العتبية. وحاصله ذلك فرعٌ باقٍ على الولاية وهذا فرعٌ خارجٌ عنها ولكل منهما حُكْمه المقرّر له، وقد أوضحناه.

وفي كبير الشيخ ابن ناجي -رحمه الله تعالى- عن ابن رشد مشهور قول ابن القاسم أن الولاية على اليتيم لا يعتبر ثبوتها إذا عُلِم رشده ولا سقوطها إن علم سفَهُه خلاف مشهور مذهب مالك. ثم قال: والعمل

عندنا بإفريقية على قول ابن القاسم [19 ب] المشهور عنه، انتهى. والله تعالى أعلم، وبه التوفيق.

تذييل، قولنا: لا على عقد لم يخرج عن كنّ الغيْب وقت الفسخ كحال هذا العقد المنسوخ أعلاه، دليلي على هذا التقرير من أول الجواب إلى هنا. وحاصله أنّ تعقّب الوصي إنما يتسلّط على عقدٍ وقع وعَلِمَه، وأما عقدٌ لم يقع فليس له أن يقول: إذا عقد محجوري عقدا في مستقبل الزمان فاشهدوا أني فسختُه. دليلي على هذا ما وقع في كلام العلماء في فرض مسألة تعقّب الوصي أو الولي عقد سفيهه حيث قالوا: للوصي إجازته وله رده فكلامهم هذا في فرضها صريح في إرادتهم عقدًا وقع قبل تعقّبه لا في مترقّب الوقوع ولم يقع. فهذا دليلي على أن المترقّب الوقوع في المستقبل لا يتعلق به تعقبه قبل وقوعه ولا يتسلط عليه وهو غيبٌ.

وقولنا: إذا لم يعلم به وصيّه حتى خرج من ولايته ثبت النكاح ولا خيار للوصي على الأصح. هذه عبارة الشامل في خامسة نكاحه ووثائق

ابن فتوح هي الوثائق المجموعة البوشية[1] التي جمعها ابن فتوح –رحمه الله تعالى – وعلّق عليها ابن عات في طرره ذكر هذا الفرع فيها في فسخ الوصي نكاح اليتيم في الورقة الثامنة عشرة من الطرر.

وقولنا: وقول بعض الشيوخ إذا مات الزوج فلا شيء على الزوجة على المشهور. بعض الشيوخ هو الشيخ ابن عبد السلام –رحمه الله تعالى – نقله عنه في الورقة السادسة عشرة من نكاح التوضيح في بحث

1) كذا بالأصل. ولعل صوابها البونتية نسبة للبونت، لأن مؤلفها ابن فتوح أصله من مدينة البونت بالأندلس. ذكر نسبته هذه ابن بشكوال في الصلة 2: 428 (طبعة القاهرة) .

الزوج. وأردفه صاحب التوضيح، وهو مرادي ببعض الأشياخ بقوله وأشار ابن عبد السلام بالمشهور إلى قول ابن القاسم في العتبية. ونصّ ما في العتبية: قال أصبغ سئل ابن القاسم عن السفيه ينكح بغير إذن وليّه ثم مات أيتوارثان؟ قال: إن مات هو فلا ترثه وإن ماتت هي فالنظر إلى وليّه. فتفسير التوضيح لمشهور ابن عبد السلام بأنه هو قول ابن القاسم في العتبية يقتضي أن الزوج في هذا الحكم الذي هو لا شيء للزوجة باقٍ على الولاية والسفه لأن ذلك مصرّح به في مسألة العتبية. وحينئذ فتخرج النازلة عن هذا الحكم قطعًا لأن الزوج فيها قد رشد قبل عقده وخرج عن الولاية والسفه فلا ينسحب عليه ولا على عقده ولا على زوجته حكم القول المشهور وقول العتبية، فتأمله منصفًا. وكلام ابن ناجي وقع في آخر ورقة من مديان كبيره ووجه سَوْقِي إياه هو التمسك بكون هذا المحجور المولّى عليه بقيام البينة برشده وإسقاطه الإعذار فيها صار معلوم الرشد فلا عبرة بالولاية التي عليه لأن ابن القاسم في القول المشهور عنه إنما يعتبر وصف المولّى عليه إما الرشد وإما السفه لا الحجر الجعلي وهو الولاية. وقوله: هو المعمول به بإفريقية حسبما صرح به الشيخ ابن ناجي في آخر كلامه المذكور، فيكون فعله وعقده على الإجازة لأجل ما قام فيه من بينة الرشد وصيرورته معلوم الرشد وإسقاطه الإعذار نفسه هو المطلوب في أحد القولين، وقيل المطلوب أن وصيّه هو الذي يُسقط الإعذار في البينة.

قال الشيخ البرزلي في الورقة السادسة عشرة من حَجْر حاويه [20 أ] : وكونه هو الذي يسقط الإعذار أحْوَط لئلا يقوم مرّة أخرى ببينة بأنه باق على السفَه، وإذا أسقط الإعذار ثم قام بعد بذلك فلا يُسْمع لأنه أكذبها بإسقاطه الإعذار. ثم أردف الشيخ ابن ناجي إثر كلامه المنقول في الجواب بفرع ما إذا تصرّف المحجور ببيع أو نكاح أو هبة ثم مات

فقيل حكمٌ مضَى وفَات موضع النظر فيه قاله ابن القاسم، وقيل: يُنظر فيه، قاله ابن دينار وابن أبي حازم وابن حبيب وغيرهم. قال ابن يونس: وهو الصواب. أعرفه فيه وفي الثانية والعشرين من بيوع الحاوي: لورثة السفيه نقض بيعه البرزلي ولو رشد فالمشهور كذلك.

قلت: فتخرج مسألة نكاحه لما مرّ من نقل الشامل وابن فتوح ولهذا قلتُ في الجواب: وغير ذلك بخلافه احترازًا من مشهور البرزلي أن يردّ به النقض عليّ في جزء به بيع سابقة عن هذه أو لاحقة لها. وحاصل الأمر أنّ مذهب الإمام مالك -رضي الله تعالى عنه - ذو اضطرابات شديدة ومعارضات عديدة. والله تعالى أعلم، وبه التوفيق. وعلى الحقيقة أن باب النكاح بخلاف باب البيع في عدم التعقّب بالفسخ بعد الرشد في النكاح، والتعقب بعد الرشد في البيع، بدليل أن قول ابن القاسم وهو المشهور: لا شيء للزوجة في موت الزوج المحجور، وقد مرّ.

وقوله هنا بأنه إذا مات فحكمٌ مضى وفاتَ موضع النظر فيه حسبما مرّ فوق هذا من نقل ابن ناجي فلم يظهر عنه ببادي الرأي جواب إلاّ الفرق بين البابين كما قلنا. لكن أردف الشيخ البرزلي قوله فالمشهور كذلك بما نصّه: وعن ابن الماجشون حكمٌ مضى ولا مقال له فهو مخالفٌ لما عزا ابن ناجي لابن الماجشون وابن القاسم في فرع الموت إلاّ أن يفرق بين فرع الموت وفرع الرشد. اعرف بحث الزوج من البرنامج وباب الحجر.

وفي آخر مديانها ما نصه: وأما من أحرز ماله ونَمّاهُ وهو فاسق في حاله غير مبذر لماله فلا يُحجر عليه، وإن كان له مال عند وصي قبضه. ابن ناجي في كبيره قوله: قبضه، ظاهره بغير إذن الإمام وهذا إذا كان هو الذي رشّده وإلاّ فلا يقبض إلاّ بإذن الإمام وهو كذلك. وقال عبد

الوهاب: لا يسقط الحجر إلاّ بإذن القاضي. اللخمي: الأول ظاهر قوله تعالى ﴿فإن أنِسْتُم منهم رُشْدًا فادفعوا إليهم أموالهم﴾[1] والقول الثاني اليوم أحسن لفساد حال الناس، يُطلق الوصي من ليس برشيد ويشهد له المولّى عليه بالبراءة. ولابن القصار كقول عبد الوهاب. فقال ابن رشد -رحمه الله تعالى- والأول جارٍ على مذهب ابن القاسم في المحجور عليه لفسقه أنَّ الحجر يزول عنه برشده في نفسه من غير ترشيد حاكم لأن العلة في الحجر السفه خوف إتلاف المال، والعلة إذا زالت زال معلولها. وقول عبد الوهاب جارٍ على القول المعمول به إن المحجور عليه لسفهٍ لا يخرج من الحجر إلاّ بترشيد الحاكم. ابن ناجي: العمل عندنا اليوم على الأول كما سيأتي.

قلت: الذي أشار إليه بقوله سيأتي هو الذي قدّمناه عنه وأصّلْناه في نفس الجواب عن النازلة [20 ب] في الرابعة عشرة من مديان كبير ابن ناجي ما نصه: قوله: ومن أراد الحجر على ولده أتى به إلى الإمام ليحجر عليه ويشهر ذلك في الأسواق وفي الجامع ويُشْهِد على ذلك. فمن باعه أو ابتاع منه بعد ذلك فهو مردود. هي من قول مالك من رواية ابن وهب. وظاهر قوله: فمن باعه أو ابتاع منه بعد ذلك فهو مردود أن أفعال السفهاء قبل الرد على الجواز وهو قول أكثر أصحاب مالك وأحد الأقوال الأربعة، وقيل: هي الردّ قاله ابن القاسم، وقيل: الفرق بين أن يبلغ سفيهًا وتمادى على ذلك فالحكم كما قال ابن القاسم: مِن ردّ أفعاله وبين أن يكون خرج من السفه بعد بلوغه ورشده ثم أحدث سفَهًا بعد ذلك فإن أفعاله تمضي. قاله مطرف وابن الماجشون. الرابع التفرقة بين السفه الطاري البين وبين السفه الخفي، قاله ابن القاسم أيضا

1) القرآن: النساء 6.

في سماع سحنون، والأول في سماع عيسى والأربعة حكاها ابن يونس. وبالجواز قال مالك في رواية المدنيين.

وعلى هذا الخلاف ينبني الحكم في المحجور إذا تصرَّف تصرُّف الرشداء ولم يحكم القاضي بإطلاقه. فعلى قول ابن القاسم: تمضي أفعاله، وعلى قول مالك وأكثر أصحابه لا تمضي لأن القاضي لما لم يفكّ عنه الحجْر إلاّ بعد فعله فقد وقع منه في حال كان ممنوعًا من إيقاعه فيه فلا يمضي ويُرَدّ. وهذا هو مقتضى كلام ابن الحاجب أن القولين هكذا بالإجراء. وذكرهما ابن رشد نصًّا لهما. قال في بيانه في النكاح: مشهور قول ابن القاسم أن الولاية الثابتة على اليتيم لا يعتبر ثبوتها إذا علم رشده ولا سقوطها إذا علم سفهه خلاف مشهور مذهب مالك وعامة أصحابه أنّ المولَّى عليه بِوصيّ أو قاضٍ لا تجوز أفعاله وإن عُلِم رشده حتى يُطلقَ من الولاية التي لزمته. ولزُونَان[1] عن ابن القاسم كقول مالك ولابن وهب عن مالك مثل قول ابن القاسم.

والعمل جرى عندنا بإفريقية على قول ابن القاسم المشهور عنه. وقول ابن رشد الأول جارٍ على مذهب ابن قاسم. أراد بالأول القول الواقع في متن المدونة في قولها المذكور: وأما مَن أحرز ماله ونَمَّاه إلى آخر المسألة فقولها: لا يحجر عليه ويقبض مَا له عند وصيّه جارٍ على مذهب ابن القاسم في المحجور عليه إلى آخر كلام ابن رشد. وقول ابن ناجي هذا القول هو المعمول به اليوم عُلِم منه أن الترشيد الذي شهدتْ به البينة في النازلة كافٍ في إطلاق عبد الرحمان المشهود فيه بالرشد ولا يفتقر إلى حكم الحاكم بترشيده.

1) هو زونان عبد الملك بن حسن من فقهاء المالكية بالأندلس توفي سنة 232 هـ / 935 م مخلوف: شجرة النور الزكية 1 : 74.

وغاية ما في الباب أن يبقي الكلام في مَن يسقط الإعذار في بيّنة الرشد، فأصل القرويين أنّ الإعذار في ذلك للمولّى عليه نفسه، ورجحه البرزلي بقوله: وهو أحْوَطُ خلاف أصل التونسيين أن الإعذار في ذلك لوصيه. والله تعالى أعلم، وبه التوفيق.

الحمد لله، سألني الفقير سعيد الأديب الكيَّال بباب السويقة نائبا عن الأمين سالم الورطاق المذكور بعد في أواخر جمادى الأخرى عام ألف واحد [1000 هـ / أواسط أفريل 1592 م] عن نسخة رسم نصه بعد افتتاحه: أشهد الأمين سالم الورطاق أنه التزم بأن يُنفِق على حفيدتيْه أم هاني وأمة اللطيف بنتيْ ابنته لطيفة من مطلّقها مستور [21 أ] بن غريب الزواغي في كفالته وحوزه وتحت حضنه وعلى مؤونتهما من غير رجوع على مستور المذكور في شيء من يوم تاريخه إلى سقوط النفقة عن أبيهما المذكور شرعًا معترفًا في ذلك بالملاء والقدرة على الأداء بحيث لا يدّعي في ذلك فقرًا ولا عدما، وكل بيّنة يقيمها تثبت عجزه عن ذلك فقد أشهد بإبطالها وإهمالها أنها زور آفكة، وعن طريق الحق والصواب مائلة، مسقطا في ذلك الإيداع والإيداع في الإيداع ما تناهى أو تسلسل وكل إيداع يظهر فهو باطل لا عمل عليه ولا قيام له به. وكسوتهما على أبيها مستور المذكور. وحضر مستور المذكور ووافق على ذلك موافقة تامة وأشهد أنه أسقط له الحضانة فيهما مدة حوزهما كونهما في كفالته وتحت إنفاقه بحيث لا يطالب الجد المذكور بحضانة البنتين في ما يستقبل عدا الزيارة وعقد التزويج فإنهما له. وحضر سالم الورطاق ووافق على ذلك موافقة تامة شهد على إشهاهما بذلك في الصحة والطوع والجواز أوائل قعدة الحرام عام تسعة وتسعين وتسعمائة [999 هـ / أواسط أوت 1591 م] بتقرر التعريف بهما بشهادة عدليْن من عدول بنزرت.

السؤال بعد افتتاحه: جوابكم بعد تأمّلكم نسخة الرسم المذكورة أعلاه وأن الأمين سالم الورطاق الملتزم بنفقة حفيدتيْه المذكورتين كان في وقت إشهاده بالالتزام المذكور بنعمة وفي خيْر وفي يده وظيفة لجانب المخزن في بلده. وبعد إشهاده بالالتزام المذكور وقع له انكسار في الوظيفة المخرنية المذكورة فغرم في ذلك جميع ما بيده وما عنده حتى أمسى فقيرًا لا مال له أصلاً فشقَّ عليه الإنفاق على البينتيْن المذكورتيْن وأضرّ به وأراد أن يعجّز عن إنفاقهما وثبتت حاله بالفقر من نفقتهما المذكورة. فهل -رضي الله عنكم- إذا أُثبِتتْ حاله وأنه وقع له الانكسار المذكور يسقط عنه نفقة البنتين وترجع نفقتهما على أبيهما المذكور لأنه ما التزم بالإنفاق المذكور إلاّ قبل أن تطرأ عليه الجائحة المذكورة التي أفقرتْه أو ليس له التفقير المذكور؟ جوابكم والسلام.

أجبتُ عنه بما نصّه: إذا كان الأمر كما ذكر فإشهاده على نفسه بالملاء واليسار وأنه لا يعدم يُبْطل دعواه الفقر ولو أقام به بينة لأنه أكذبها بإشهاده المذكور على نفسه. قال الشيخ ابن ناجي في كبيره -رحمه الله تعالى-: إلاّ أن تشهد بينة بعطبٍ حَلَّ به وجائحة أصابته بعد إشهاده. قاله فضل وابن أبي زمنين، وبه العمل، انتهى. ولم يبق في النازلة إلاّ أنه أشهد صريحًا بإكذاب البينة التي تقوم بعجزه وفقره، فلا فرق بين إشهاده بما يكذب البينة لزوما كما هو في كلام الشيخ ابن ناجي وإشهاده بما يكذبها صريحًا كما هو في النازلة، الفرعان سواء في أنه لا تُقبل منه بينة العجز والفقر بعد ذلك الإكذاب إلا ببينة طروء جائحة أصابتْه بعد ذلك أذهبت ماله. فكما تُقبل منه بينة الطروء المذكور بعد إشهاده بما يكذب لزومًا كذلك تُقبل منه بينة الطروء المذكور بعد إشهاده بما يكذب صريحًا. فإشهاده بما يكذب إنما يتسلَّط على حال حصل علمه لا على حال يطرأ مِن الغيْب. ولا فرق بين [21 ب] دلالة المطابقة

ودلالة الالتزام في الاعتبار العقلي والنقلي. فإذا قامت بينة لسالم بأنه طرأ عليه بعد إشهاده المذكور إنكسارٌ لوظيفة كانت في يده غرم فيها كل ما بيده ولم يبق له شيء في علمهم. وأسقط الإعذار فيها مَن يجب له سقط عنه ما التزم به من نفقة البنتين ورجعتا على أبيهما. والله تعالى أعلم، وبه التوفيق.

قولنا: فإشهاده على نفسه إلى قولنا ولو أقام به بينة هذا لأن إشهاده بما ذكر مما يقتضي إكذاب البينة لزوما ومما يقتضي إكذابها مطابقة، وقُصارى الإكذاب مطلقا أن يصيّره معلوم الملاء. وقد قال في تاسعة تفليس التوضيح ما نصه: معلوم الملاء مثّلوه بمن يأخذ أموال الناس ويقعد بها للتجارة ثم يدّعي ذهابها ولم يُظهر ما يصدّقه من احتراق منزله أو سرقته أو نحوها، فإنه يُحبس حتى يؤدّي أموال الناس أو يموت في السجن ويضرب بالدرّة المرّة بعد المرة ولو أدى إلى إتلاف نفسه حتى يؤدي أموال الناس.

فقوله: ولم يظهر ما يصدّقه من احتراق أو سرقة أو نحوها مفهومه لو ظهر شيء من ذلك لارتفع عنه اللزوم ثم قال في عاشرته في قول الماتن: ولو شهد بإعساره حلف. وانظر ما نصّه هذا في حق مجهول الحال والمتهم، وأمّا معلوم الملاء فلا تُقبل منه بينة إلاّ بذهاب ما بيده. نص عليه اللخمي والمازري وغيرهما، انتهى.

وسالم المشهد على نفسه في النازلة بالملاء وأنه لا يعدم قصاراه أن يكون معلوم الملاء لقول الشيخ ابن ناجي في ثانية مديان كبيره: إشهاده على نفسه بالملاء وأنه لا يعدم يصيّره بمنزلة معلوم الملاء إلاّ أن يثبت له جائحة، وبه العمل، وإن كان مجهول الحال أو معلوما بالفقر، انتهى من ابن ناجي. ومعلوم الملاء إذا ظهر ما يصدقه من طروء ما أذهب

ماله ببينة فإنها تقبل حسبما مرّ من كلام التوضيح وابن ناجي، وما في التوضيح مثله في ثالثة تفليس الشامل.

وقولنا: لأنه قد أكذبها بإشهاده المذكور على نفسه هو إشهاده أنه مليّ وأنه لا يعدم حيث اعترف بالملاء ولا يدّعي فقرًا ولا عدما. اعرف تاسعة مديان البرزلي وكلام ابن ناجي المنقول في نفس الجواب وقع في الورقة الثالثة من مديان كبيره في قولها: وإذا حبس المديان لتهمة أو لدَدٍ لم يكن لطول ذلك حدّ عندي ولكن يُحبس حتى يقضي أو يتبين عدمه، فإن تبين عدمه أطلق.

قال: يريد في الكتاب ما لم يشهد على نفسه أنه لا يعدّم، فإن أشهد بذلك فإنه لا يُقبل منه العدم لأنه مكذّب لها إلاّ أن تشهد بينة بعَطب حلَّ به بعد إقراره. قاله فضل وابن أبي زمنين وغيرهما وعليه العمل. وقال بعض القرويين: إنّ بينة العدم تنفعه لأنه في إشهاده بالملاء مضطر لو لا ذلك ما دايَنَهُ أحد. وأفتى شيخنا ابن عرفة على ما بلغني بالأول في مجهول الحال وبالثاني في مَن غالب حاله الفقر، اعرف بقيتها في ابن ناجي. وقولنا: فلا فرق بين إشهاده بما يكذب البينة لزومًا الخ إنما كان لا فرق بين الفرعين وأنهما سواء لأجل ما صرّحنا به في آخر الجواب بقولنا: ولا فرق بين دلالة المطابقة ودلالة الالتزام الخ.

وقولنا: فكما تُقبل منه بينة الطروء المذكور إلى قولنا صريحًا إشهاده بما يكذب بيّنة العجز والفقر لزومًا، هو فرع الشيخ ابن ناجي [22 أ] وإشهاده بما يكذّبها صريحًا ومطابقة هو فرع النازلة. وقولنا: فإشهاده بما يكذّب إنما يتسلّط على حال حصل علمه أي على حال المشهد الذي حصل علمه به فأشهد بالملاء وأنه لا يعجز ولا يفقر ولا يعدم وكل بيّنة تقوم بعجزه فكاذبةٌ اعتمادًا على تلك الحال المعلومة، فإشهاده بذلك

مبني على حال أي على وصف له حصّل علمه وهو الملاء واليسار وعدم العجز والفقر. وأما حال يطرأ من غيب الله تعالى لا شعور للمُشْهد به في وقت الإشهاد وهو الجوائح والمصائب الطارئة من الغيب على الأموال تذهبها وتُتْلِفها فهذا الحال لا يتسلط التكذيب على البينة به التي تقوم بوقوعه وطروئه بعد وقت حال الإشهاد. وما ذاك إلاّ لأنه في وقت الإكذاب غيْب لا يصح أن يتعلّق به نفي ولا إثبات إلاّ ما يؤذن به الاستصحاب والاستصحاب ينقطع ببينة الطروء فاعرف ذلك.

وقولنا: ولا فرق بين دلالة المطابقة ودلالة الالتزام دلالة المطابقة على تكذيب بينة العجز والفقر هي الواقعة في لفظ النازلة في النسخة المذكورة ودلالة الالتزام على تكذيب بينة العجز والفقر هي الواقعة في فرض الشيخ ابن ناجي والبرزلي في تاسعة مديان حاويه. وقولنا في الاعتبار العقلي والنقلي: أما العقلي فقد تكفَّل بتحقيقه علم الميزان وفي شرح التنقيحات، وأما النقلي فالمطابقة فيه جلية. والالتزام فلقول الشيخ ابن عرفة في ثانية هبته دلالة الالتزام معتبرة مقتصرًا عليه. وقال الشيخ البرزلي في الورقة التاسعة والخمسين من أقضيته: قول شهود الوراثة شقيق فلان، يستلزم أنهما ابنا رجلٍ واحدٍ، ولو لم يذكره ولا يدخله الخلاف الواقع فيها إذا لم يرفعهما الشهود إلى جدّ واحدٍ معيّن واستدلَّ لذلك، فاعرفه فيه فهو صريح في اعتبار دلالة الالتزام، فاعرف ذلك. قلت: لا يُقال إن ما حكيتُه من كلام ابن ناجي وغيره فيه إكذاب المشهد لبيّنة العجز والتعديم والتفقير لزومًا كما قرّرته وإكذاب المشهد في النازلة إكذاب بالتصريح والمطابقة. والدلالتان وإن كانتا معتبرتين لكن الإكذاب بالمطابقة والتصريح أقوى، ففِعْل قوتها يوجب لها اعتبارًا ما يمنع من إلحاقها بدلالة الالتزام في إهمالها لطروء الجائحة. إذ لا يلزم من نقض أثر الأضعف نقض أثر الأقوى، قاله الشيخ ابن عرفة في

الورقة الحادية عشرة من وكالاته فعليه لا يلزم من نقض أثر الأضعف وهو دلالة الالتزام في نقض أثرها بطروء الجائحة في كلام ابن ناجي وغيره نقض أثر الأقوى وهو دلالة المطابقةً في إشهاد النازلة فإنه إشهاد بالإكذاب مطابقة لا لزوما.

لأنا نقول: قد وجدنا نصًّا صريحًا حيث يكون الإشهاد بالإكذاب مطابقة بإعطائه نقض أثره بطروء الجائحة فلا فرق حينئذ بين الدلالتين في نقض أثرهما بالطروء المذكور. وهذا النص وجدناه هو موضوع النازلة فإن الإكذاب فيهما صريح ومطابقة. في الورقة الثالثة والثمانين من أقضيه البرزلي عن أحكام ابن الحاج ما نصه: وفيه اعتراف رجل أن قِبَلَه دنانير مرابطية من معاملة صحيحة جرت [22 ب] بينهما عرَفا قدْرها واعترف أنه غير عاجز عن أدائها ومتى ادعى عدما فدعواه باطلة وبيناته زور ساقطة. ولمّا حلّ أجل الديْن ومقداره تسعة أشهر استظهر بعقْد عُدْم وأنّ ماله محبّس على بنيه قبل عقد المعاملة. فهل ينتفع بعقد العدم أم لا؟ فأجاب ابن رشد: إذا أقرّ على نفسه بما ذكرت فلا ينتفع بعقد العدم حتى تشهد بينة بأن الدين الذي أقرّ به على نفسه ذهب وأن الأملاك التي بيده حبَّسها على بنيه قبل طريان الدين عليه.

وأجاب ابن الحاج: إذا ثبت هذا وأعذر إليه فلم يقدر على دفْع الإقرار الذي اعترف به ثانية فلا بد من أخذه به ولا ينتفع ببينة العدم لأن إقراره يكذبها لاسيما في هذه المدة القريبة حتى يبينوا ما يظهر به للحاكم وجه شهادتهم من سرقة أو نهب أصابه ويشهدوا بذلك على عينه. فإذا ثبت هذا أعذر الحاكم في شهادتهم للطالب فإن لم يكن عنده مدفع ارتفع عنه الطلب إلى ميْسرة والأملاك التي ادّعى أنه حبّسها على بَنِيه قبل الديْن لا يُلتفت إلى ذلك وتُبَاع في الدين حتى يثبت أنه حبّسها قبل الديْن ثبوتًا لا مدْفع فيه. وكذلك إن جهل تحبيسها هل هو قبْل

الدين أو بعده بِيعتْ في الديْن. البرزلي: ونحوه في كتاب الشهادات من المدونة، انتهى. وفي الحاشية عليه بخط الشيخ بالنور الأربصي ما نصه: لفظ السؤال ظاهر في أن الأملاك ثبت تحبيسها قبل المعاملة، فتأمله انتهى.

قلت: فالنازلة التي أجبتُ عنها هي من فرع ما أجاب فيه الشيخان -رحمهما الله تعالى- ابن رشد وابن الحاج، إذ في كلّ منهما إشهاد المشهد بإكذاب بينات العدم تصريحًا والإكذاب في كلام ابن ناجي لزوما فاعرف ذلك. والله تعالى أعلم، وبه التوفيق. قلتُ: وبعد وقوفي على جواب الشيخين ابن رشد وابن الحاج في هذا المعنى من الإكذاب المطابقى كان الأولى جوابي عن نازلة سالم الورطاق بما نصّه بعد افتتاحه: إذا كان الأمر كما ذكر وقامت بيّنة لسالم بأنه طرأ عليه بعد إشهاده المذكور انكسار الوظيفة التي كانت في يده، وأنه غرم فيها كلّ ما بيده ولم يبق له شيء في عِلْمهم وأسقط الإعذار فيها مَن يجب له شرعًا سقط عنه ما التزم به من نفقة البنتيْن ورجعتْ على أبيهما وبقبول بينة طروء الحائحة أفتى القاضيان ابن رشد وابن الحاج في نظير النازلة. والله تعالى أعلم. قلتُ: نازلتهما فيها ديْن عن معاوضة ونازلتنا عن غير معاوضة، لكن قال البرزلي: الذي به العمل أنه لا فرق بينهما في الورقة الثالثة والثمانين المذكورة قبل ذكره النازلة المذكورة متصلا بها فاعرفه.

وقولنا: سقطتْ عنه نفقتهما ورجعتْ على أبيهما سكتُّ عن اتباع الجد بنفقتهما إذا أيسر لأني لم نُسْأل عنه وأيضا فأنه يحتاج إلى تفصيل لأنه إنْ بقيتْ البنتان عنده وأنفقهما أبوهما عند الجد كان له متابعة الجد بالنفقة إذا أيْسر لوصول الجد لعوض النفقة وهو بقاؤهما عنده وفي كفالته، وإن حازهما أبوهما فقد ردّ عوض النفقة أعني الأب فلا مطالبة

له على سالم الجدّ بنفقة [23 أ] لأنه قد استرجع عوضها بحوز ابنتيه عنده. وقولنا: ورجعتْ على أبيهما فيه تجوز لأن رجوعها على أبيهما إنما هو مع فقرهما وأما لو كانتا ذاتَيْ يَسارٍ فلا تلزم أباهما نفقتهما لأن نفقة الأولاد على الأب قبل البلوغ مشروطة بالفقر.

الحمد لله، سألني محمد الفرْدق من سوسة في أواخر جمادى الآخر عام ألف واحد [1000 هـ / أواسط مارس 1592 م] عن نسخة رسم بعد افتتاحه: أشهدتْ أمة الواحد وتدعى وحَّادة بنت الحاج أحمد المعموري أنها أعمرتْ ولدها مسعودًا في جميع البيت الشرقي المفْتح المجلس الكائن بالدار الغربية المعروفة في القديم بدار العبلي داخل سوسة القريبة من مسجد ابن عبد الوهاب، يحدّ الدار المذكورة كذا وكذا بجميع حقوق البيت المذكور وعامة منافعه من جملة الدار المذكورة ينتفع بالبيت المذكور بالسكنى وغيرها ويرتفق بها مدّة حياته عمرة صحيحة جائزة، وأذنتْ له في حوز ذلك عنها فحازها بمعاينة شهيديْه. شهد على إشهاهما بذلك وهما بحال صحةٍ وطوعٍ وجوازِ أمر وعرفهما أواسط محرم فاتح شهور عام واحد وسبعين وتسعمائة [971 هـ / أوائل سبتمبر 1563 م] فلان وفلان وتحتهما علامة الأداء بالقلم الحكمي.

السؤال بعد افتتاحه: جوابكم بعد تأملكم من نسخة رسم العمرى المذكورة أعلاه. وكانت المرأة وحّادة المعمِّرة المذكورة أوصتْ بثلث مخلّفِها لولد ولدها مسعود المعمَّر المذكور وكانت تُوفّيتْ فورثَها ولداها مسعود المعمّر المذكور وفاطمة لا غيرهما. ثم إن مسعودًا باع نصف الدار الشائع ولم يتعرض حين البيع لذكر العمرى بوجهٍ من الوجوه فهل العمرى المذكورة صحيحة عاملة أو هي غير صحيحة؟ لأجل أن البائع باع النصف الشائع من الدار وذلك يشمل عمراه المذكورة فيبطل حقه في العمرى جوابكم والسلام.

فأجبتُ عنه بما نصه بعد افتتاحه: تأملتُ نسخة رسم العمرى المسطورة أعلاه ووقفت على ما تضمّنه السؤال، وإذا كان الأمر كما ذكر فاعلم أن العمرى المذكورة باطلة وموروثة عن المرأة المعمِّرة لخلوّها عن القبول من المعمّر عليه، والقبول جزء ماهية العقد وجزْءاه الإيجاب والقبول. وبيان ذاك أنّ العمرى هبة منافع الرقبة حياة الموهوب. صرح بذلك غير واحد من شيوخ المذهب. وفي الشامل: ويُشترط قبول الموقوف عليه إن كان معينًا أهلا، ثم قال: لصغيرٍ وسفيهٍ مَن يقبل كهبة وصدقة، انتهى. وفي حاشية الشيخ الطرابلسي: إنما يُشترط قبول الهبة في حياة الواهب لا في حياة الموهوب له، لأن ورثة الموهوب له يتنزَّلون في القبول منزلته كالحوز. وله في موضع آخر قال ابن رشد -رحمه الله تعالى-: الرواية الشاذة عن مالك -رضي الله تعالى عنه- أن الهبة لا تفتقر إلى القبول، انتهى. وللشيخ ابن عبد السلام -رحمه الله تعالى- على القبول في الهبة معتبر والحوز معتبر أيضا إلاّ أن القبول يجري مجرى الركن، والحوز يجري مجرى الشرط، فإذا كان الموت السابق للحيازة مبطلا فأحْرى الموت السابق للقبول، انتهى.

وقال بعض الشيوخ المتأخرين: الحوز غير مستلزم للقبول، وعزاه الباجي وابن يونس لابن القاسم في الهبة والصدقة، وعلّله القرافي في الذخيرة بأنه جزء السبب [23 ب] لأن القبول جزء العقد وهو السبب لنقل الملك، وكل واحد من السبب وجزئه يلزم مِن عدمه عدم المسبّب، وعزا لأشهب الاجتزاء بالحوز عنه، انتهى. وفي ثالثة وديعة البيان ما نصه: وسواء على مذهب ابن القاسم وروايته عن مالك كان الشيء الموهوب بيد الموهوب له أو بيد حائزٍ يحوزه له وهو حاضر إن لم يقبل حتى مات الواهب بطلتْ الهبة، انتهى. واختص نصف العمرى بمبْطِلٍ آخر وهو بيع مسعود المعمر نصف الدار على الشياع دون بيان،

فلمّا أن سلّط البيع عليه بطل ما يخُصّ نصفَ العمرى منه وهو نصف النصف المعمّر بناءً على أن الجزء المشاع لا يمتاز إلاّ بالتعيين، وهو الصحيح، قاله في أجوبة القفصي وبه أفتى الشيخان البرزلي والغبريني. فظهر بما قرّرناه بطلان هذه العمرى جملة وتفضيلاً ورجوعها ميراثًا عن مالكتها المعمّرة. والله تعالى أعلم، وبه التوفيق.

تذييل، قولنا: العمرى هبة منافع الرقبة حياةَ الموهوب، هذه عبارة مختصر النهاية وعبارة الشامل: هبة المنفعة حياة المعمّر، والشيخ ابن عرفة في أول باب الهبة ما نصّه: الهبة تمليك متموّل بغير عوض إنشاءً، فتخرج الأنكاح والحكم باستحقاق وارث إرثه وتدخل العارية والحبس والعمرى والصدقة، والعارية والحبس تقدّما. والعمرى: تمليك منفعة حياةَ المعطَى بغير عِوض إنشاءً، فيخرج الحكم باستحقاقها ويصدق عليها قبل حوزها. وكذا بقية الأنواع. وفي وسط بهرام ما نصه: الباجي العمرى هبة منافع الملك مدة حياة الموهوب له أي مدّة عمره أو عمر عَقِبه لا هبة الرقبة. قلت: إلى هؤلاء المشايخ -رحمهم الله تعالى- أشرتُ بقولي صرّح به غير واحد من شيوخ المذهب، وكلام الشامل: ويشترط قبول الموقوف عليه إلخ هو في باب الوقف منه. وكلام الشيخ الطرابلسي وقع في آخر صدقة حواشيه وكلامه الثاني وقع في ثانية هبة حواشيه وكلام الشيخ ابن عبد السلام وقع في باب الهبة من شرحه وبحث هبة الوديعة في ما أظن، وذلك كله منقول في الورقة الأربعين ومائة من الجزء الخامس وفي الورقة السابعة ومائتين من الجزء السادس في الوجه الرابع هنالك. وبعض الشيوخ المتأخرين هو الشيخ الجدّ في مختصر المسائل وقول ابن القاسم وروايته عن مالك أن الحوز لا يستلزم القبول وكلام البيان اعرفه منقولا في الورقة الحادية ومائتين من الجزء الرابع وللشيخ الجدّ في مختصره الفقهي في باب النكاح ما نصّه: الصيغة ما

يشعر بمدة الحياة لأن الموت غاية النكاح والطلاق يقطعه. وصرح غير واحد بأنها ركن للعقد وردّه ابن عبد السلام بأنها دالة على الماهية التي الأركان أجزاؤها. الشيخ الجد: الصيغة: الإيجاب والقبول وذلك هو عين العقد الذي وضعه الشرع لاقتضاء حكم النكاح وهو الملك أو الإباحة، وكل واحد من الزوج والولي إنما هو محلّ لما اقتضاه منصبه المعيّن له فالعقد سبب قطعًا وجزْءاهُ الإيجاب والقبول خاصة، وكذا سائر العقود على الإطلاق، انتهى من مختصر الجد وصحيح أجوبة القفصي وفتيا الشيخيْن البرزلي والغبريني.

كل ذلك وقع في ثانية رهون كبير ابن ناجي مقتصرا عليه مُسلّمًا له ونصه: قال المغربي: انظر الشركة في عبْد أو ثوب أو دابة يقصد القاصد لغصب [24 أ] أحدهما والآخر محترم، ولم أقف في مسألة الغاصب على نص إلاّ ما استقر من النظائر يعني التي في المدونة. ابن ناجي: واشتدّ نكير شيخنا البرزلي عليه في قوله: ولم أقف في مسألة الغاصب على نصّ لقصور كلامه لأنها في أسئلة القفصي، وذكر فيها قولين وأن الصحيح لا يمتاز، قال: وبه أفتيتُ مع صاحبنا أبي مهدي عيسى الغبريني في غيبة شيخنا من تونس للحج، انتهى من ابن ناجي في الورقة الثانية من رهون كبيره.

ومسألة بيع مسعود لنصف الدار والحالة أنّ أخته فاطمة شريكته في الميراث في بيعه الدار من باب بيع العداء فهو من باب الغصب فينطبق عليه هذا النص. ونص بيع ملك الغير من بيع العداء مرّ في الورقة التاسعة من هذا الجزء. والعداء والغصب من معنى واحد من باب واحد، في الورقة الحادية ومائة من أسئلة القفصي منقولا من كلام الشيخ أبي زكريا يحيى بن علي بن زكريا الشقراطسي ما نصه: سئل أبو محمد بن أبي زيد -رحمة الله تعالى عليه- وأنا حاضر عن رَجُليْن

مشتركيْن غاب أحدهما فأتى عامل فسأل عن الغائب فلم يجده وبينهما طعام فقال الشريك الحاضر: أنا آخذ نصيب الغائب فأخذه منه غصبًا، فأتى الغائب بعد ذلك فقام على شريكه، فهل يرجع عليه بشيء؟

فأجاب: الذي يجب عندي أن يكون ما أخذ السلطان بينهما وما أبقى بينهما، انتهى. وفي الورقة الخامسة ومائة من أسئلة القفصي أيضا ما نصه: مسألة، وقال أبو محمد من تصدق على رجل بمال غصب منه وهو في يد الغاصب فالصدقة جائزة وللمتصدق عليه أن يأخذها من يد الغاصب، قال: واختلف في موت المتصدّق فقيل: حيازة الغاصب حيازة وقيل: ليست بحيازة. قال: قلت فبأي شيء تأخذ؟ قال: الحيازة في ذلك ضعيفة، ولمن وقع في ذلك أن يجتهد، انتهى. وقد وقع في مرابحة المدونة ما نصه: ومن ورث نصف سلعة ثم ابتاع نصفها فلا يبعْ نصفها مرابحة حتى يبين لأنه إذا لم يبين دخل في ذلك ما ابتاع وما ورث وإذا بيّن فإنما وقع البيع على ما ابتاع، انتهى.

قلت: قوله فلا يبعْ نصفها يعنى مشاعا، وقال في قسمتها: ومن باع نصف عبدٍ فاستحق رجل ربعه فقد جرى الاستحقاق في ما بيع وفي ما بقي، انتهى، اعرف ذلك. وقد جرت مسألة الجزء المشاع في مواضع أخرى من المدونة في الهبة والعتق الأول والزكاة الثاني ووقع في مرابحة حاشية الطرابلسي ما نصه: قوله: ومن ورث نصف سلعة ثم ابتاع نصفها إلى آخره يقوم منها حكم مسألة وقعتْ وهي رجل كان يملك ثلثيْ ربع ثلثا منهما بالأصالة وثلثا بالوراثة من أخيه، ثم تصدق على ابنه بنصف ما ملك من ذلك الربع شائعا وحازه الابن، ثم تصدق على ابن أخيه بالثلث الذي ورث من أخيه. فأفتيت بأنه لا يكون لابن الأخ إلاّ نصف الثلث خاصة لأنه حصر صدقته عليه في ما ورث من أخيه وهو لم يبق على ملكه منه إلاّ نصفه خاصة لأن النصف الذي تصدق به أولاً على

ابنه يدخل فيه نصف ما كان يملك بالأصالة ونصف ما ورث من [24 ب] أخيه، وأخذته من هذه المسألة، وهو بَيِّنٌ فتأمّله، انتهى.

قلت: قوله يدخل فيه نصف ما كان يملكه بالأصالة ونصف ما ورث من أخيه إنما كان هذا الدخول لأجل لفظ الإشاعة الواقعة في صدقته السابقة على ابنه بنصف ما يملك ولعدم بيانه وقت الصدقة. وقوله: وهو بيّنٌ فتأمَّلْه بينهما تَنَافٍ فاعرفْه، ووقع في مرابحة حاشية الوانوغي ما نصّه قوله: لأنه إذا لم يبيّن دخل فيه ما ابتاع. قال شيخنا أبو عبد الله بن عرفة: أخذوا منه أنّ مَن ابتاع نصف حَمَّام وورث النصف الآخر عن غاصب مثلا فلما صار الجميع ملكا له أراد أن يبيع نصفًا منه مثلا ولم يضفْه لميراث ولا لشراء فعلى قولهم هنا إن الجزء المشاع لا يتميّز وهو ظاهر، تعليلها إذا أراد بيع النصف المشترى لا بد من القصد إلى تسمية الوجه الذي دخل به في ملكه وإلاّ فللمشتري الخيار. أعرف بقيته فيه، فبيع مسعود نصفًا شائعا أسقط به حقَّه بالعمرى في ما يخص العمرى من المبيع لأجل الإشاعة، والجزء لا يمتاز في هذا الباب كما مرّ.

الحمد لله، سألني الشريف أحمد ابن الشريف حسن وهو قريب الأخ في الله سيدي محمد زُوزُو في أواخر جمادى الآخر عام ألف وأحد [1000 هـ / أواسط أفريل 1592 م] عن مسألة امرأة حبَّستْ دارًا حبْسًا تاما كما يجب على بعض قرابتها وعلى أولادهم ما تناسلوا في الإسلام وعيَّنتْ المرجع، ولها زوج بلغه ذلك بعد مدة فعاتبها على ذلك وقال لها: نَرُدّ ما فعلتِ فقالت له: افْعلْ، فأتى إلى شاهديْن فقال لهما أشْهدَا عليَّ أن أهلي فلانة لا تكسب شيئا عدا دارها التي حبّستْ ورفعهما أشهدهما عليها أنها لا تكسب عدا الدار التي حبَّستْ، ثم بعد ذلك أشهدهما أنَّه ردّ تحبيس زوجته للدار. فهل له ذلك بمجرّد ما ذكرَ أو لا بدّ من إثباته ما ذكر من أنها لا تكسب عدا الدار المحبسة ببيّنة لا

مدفع فيها؟ وإذا قلتم بلزوم الإثبات له فأثبت ولم يوجد معارض لذلك فهل على الزوج والزوجة يمين بعد الإثبات على صحة ما أثبتا جوابكم شافيًا، والسلام.

فأجبت بما نصه بعد افتتاحه: إذا كان الأمر كما ذكر فالمرأة المذكورة محمولة على الملاء على مذهب مالك -رضي الله تعالى عنه- وهو الصحيح هكذا أطلقه القاضي أبو عبد الله بن الحاج في أحكامه وقد صحب النازلة ما يصدّق ذلك وهو تقرر الدار المذكورة لها فلا يخرج عن هذا الأصل إلاّ بدليل ولا دليل إلاّ مجرد دعوى المحبسة وزوجها. وقد قال رسول الله -صلى الله عليه وسلم تسليما- (لو أُعْطِيَ الناس بِدَعاويهم لادّعى قومٌ دماء قوم وأموالهم، ولكن البينة على مَن ادعي واليمين على من أنكر) وحينئذ فلا يُلتفت إلى مجرد دعوى الزوجين فقر هذه المحبسة إلا ببيّنة لا مدفع فيها أنها لا تملك شيئا إلاّ الدار التي عقدت فيها التحبيس، ثم إن عارضها أهل الحُبس ببينة أثبتت لها شيئا من المكسوبات قدمت للإعمال.

قال في البيان: ولا يُختلف في ذلك وإن لم يعارضوها وأسقط الإعذار فيها من يملك أمر نفسه من أهل الحبس [25 أ] حلفت المحبّسة على مقتضى شهادة بيّنتها، لأن البيّنة إنما تشهد في ذلك بظاهرٍ فيُستظهر باليمين على الباطن. فإذا حلفتْ ردّ الحبس في الحال وبقي حق أهل الحبس ونسْلهم المذكور في السؤال إلى هلمَّ جرًا إذْ لا تعجيز في الأحباس. فمتى ظهر لهم معارض يُثبِت حق الحبس قاموا به. والله تعالى أعلم، وبه التوفيق.

قولنا: لأن البينة إنما تشهد في ذلك بظاهر الخ هذا لقوله في التوضيح في الحادية عشرة من تفليسه في قول الماتِن: وإن شُهِد بإعساره حلف،

وانظر ما نصّه قوله: وحلف، هذه من المسائل التي يحلف فيها المدّعي مع بينته كدعوى المرأة على زوجها الغائب النفقة والقضاء على الغائب. وضابطه كل بيّنة شهدتْ بظاهر يُستظهَر بيمين الطالب على باطن الأمر اعرفه فيه، واعرف بحث الحجر على الزوجة لحق زوجها في باب الحجر من الشامل أنها إذا تبرعتْ بزائد على الثلث فله ردّ الجميع، وردّه ردّ إيقاف.

الحمد لله، سألني محمد عرف بوحيلة من بلد العناب في أواخر جمادى الآخر عام ألف واحد [1000 هـ / أواسط أفريل 1592 م] عن مسألة دار كانت بيد امرأة وفي حوزها منذ مدّة تزيد على خمسة وثلاثين عامًا متصرّفة فيها بالهدم والبناء والسكنى حتى توفيتْ في أثناء المدة فورثَها ولداها محمد وعلي ولدا بو حيلة لا غيرهما. واستقل محمد في هذا الزمان بحوزها وسكناها بعد موت أمه وأخيه دون مشارك حتى الآن. قام عليه بلحسين الساحلي ادعى أن الدار المذكورة لأبيه وأن أباه توفي فورثه أولاده بلحسين القائم المذكور ومحمد وزهراء وأن محمدا توفي فورثه أولاده. فسافر محمد المقوم عليه قاصدا للفتوى بمدينة تونس فلما وصل بحث عن رسم الملك في رحْلِه ففقده ولم يعثر عليه فأراد أن يتمسّك بالحيازة المذكورة من أمه ومن وارثيها بعدها وهما محمد وأخوه علي المذكوران ثم استقلاله هو بحوزها من لدن موت أخيه وإلى الآن والحالة أن أبا القاسم مات في بلده وأولاده فبلحسين الآن شيخ أشْيَب وشقيقاه يقرب سنّهما من سنّه وكلهم حاضرون عالمون بلحسين وزهراء إلى الآن وأبوهما وأخوهما إلى موتهما في بلدهما، ولم يقم أحدٌ منهم في ذلك بوجه حتى قرب التاريخ، مع قدْرتهم على القيام بلا مانع يمنعهم منه لا من جهتهم ولا من جهة المقوم عليهم، وصار هذا الحوز مجهول الأصل لأجل ضياع رسم الملك ولم يُدْرَ

ما اشتمل عليه. فإذا أراد محمد المقوم عليه التمسك بالحوز المذكور ويقيم بيّنة به على النعت المذكور فهل له ذلك؟ ويكون الحوز المذكور عاملاً كافيا في طرد القائمين عنه، أو هو غير عامل وغير كاف له في ذلك؟ وكل فريق من القائمين والمقوم عليهم أجانب لا قرابة بينهم ولا مصاهرة ولا مشاركة بوجه، جوابكم، والسلام.

أجبت عنه بما نصه بعد افتتاحه: إذا كان الأمر كما ذكر وأقام محمد بوحيلة بيّنة لا مدفع فيها بهذا الحوز المذكور في السؤال المستجمع لشرائطه حلف مع شاهد الحوز أنه لا يعلم للقائم فيها حقا. وقيل: إنما يحلف أنها له [25 ب] دون مدّعيها وكان الحوز المذكور حينئذ دليلا على صدقه في ما يدّعيه من ملكه وملك مورثه في محوزهما قطعا لقيام بلحسين القائم ولبينته، هذا حاصل المذهب.

قال القاضي أبو الوليد ابن رشد -رحمه الله تعالى-: دلالة الحوز على الملك دلالة عادية كإرخاء الستر ومعرفة العفاص والوكاء، انتهى. قال غير واحد واللفظ للشامل وإن لم تشبه الدعوى عرفا كدعوى حاضر ساكت بلا مانع على أجنبي غير شريك متصرفٍ وإنْ بلا هدم وبناء على المشهور عشر سنين لم تسمع دعواه ولا بينته، انتهى. قال: الشيخ شهاب الدين -رحمه الله تعالى- الدعوى غير المشبهة هي التي تكذّبها العادة، انتهى. وله في موضع آخر مع القاضي البرهان دخل كلام بعضهما في بعض: الدعوى التي تشهد العادة بكذبها كدعوى الحاضر الأجنبي ملك دار بيد رجلٍ والمدعي يراه يهدم ويبني مع طول الزمان بلا مانع يمنعه من الطلب من توقّع رهبة أو رغبة، والمدّعي مع ذلك لا يعارضه فيها ولا شركة بينهما، ثم قام يدعيها ويريد إقامة البينة بدعواه فلا تسمع دعواه ولا بينته لتكذيب العادة إياها، انتهى.

وهذا كلام صحيح تشهد له قاعدة «كل دعوى ينْفيها العرف وتكذّبها العادة فإنها مرفوضة. نقلها الشيخ ابن عرفة -رحمه الله تعالى- وسلّمها، غير أنّ في قولهما يهدم ويبني نظرًا لأن الهدم والبناء غير شرط في حجتهما على المشهور وقد مرّ إلاّ أن يريدا به مطلق الدلالة على التصرّف. ولا يفتقر الحائز المقوم عليه إلى الإعذار بفقد رسمه لأنه لو لم يفقده لما لزمه إظهاره ويكفيه مع دليل الحوز أن يقول: ملكْتُها بأمر لا أريد إظهاره فيبهمه ولا يصرح به، عملا بفتوى ابن أبي زمنيين واختاره الشيخ أبو مهدي عيسى الغبريني قائلا: وبه القضاء.

وقال الإمام المازري والقاضي أبو الفضل عياض -رحمهما الله تعالى-: الحائز أولى بما في يده ولا يلزمه بيان سبب حوزه ولا سبب ملكه. زاد الشيخ الجد -رحمه الله تعالى- إثر نقله إياه ولا إظهار ما بيده من عقود الملك وغيرها. انتهى. وخالف في ذلك المتيطي والرعيني ومن على قدمهما، ولعلهما طريقان. وحيث قلنا: لا تُقبل بينة بلحسين المحوز عليه لتكذيب العادة إياهم ففيهم قادح آخر يوجب بطلان شهادتهم وهو عدم إخبارهم لبلحسين وأشراكه بما علموه مِن ملكهم وقد رأوا محمدًا المقوم عليه وأشراكه يتصرفون في غير ملكهم على زعمهم تصرّف المالك، وكان يجب عليهم إخباره، وإن زعموا أنهم أخبروه كان سكوته مع إخبارهم إياه حجة عليه قاطعة لقيامه عملا بأصل ابن القاسم في المدونة أن السكوت عَلَم على إسقاط الساكت حقّه. وحاصل الجواب على الاختصار: إذا قامت بينة بالحوز المذكور كانت كافية في الدلالة على ملك الحائز محوزَه مع يمينه، وكانت دعوى بلحسين القائم غير مسموعة وبيّنته إن أقامها بملكه للدار غير مسموعة. والله تعالى أعلم، وبه التوفيق.

تذييل، قولنا: وأقام محمد معطوف على فعل الشرط وهو كان مدْخول إذا، وقولنا: حلف [26 أ] هو جواب الشرط. وقولنا: وكان الحوز المذكور عطفا على حلف. وقولنا: حينئذ تنوينه عوض عن جملةٍ أي حين إذ أقام بينة بالحوز وحلف مع شاهد الحوز. وقولنا: هذا حاصل المذهب دليله النقول التي سردناها بإثره. وقول ابن رشد نقله الشيخ الجدّ في بحث الحيازة من شهادات مختصره الفقهي. وكلام الشامل وقع في بحث الحيازات من آخر شهاداته. وقول الشامل اشتمل عند تأمله على شروط الحوز الآتية في كلام الشيوخ. قال الشيخ أبو العباس أحمد القلشاني في قول الرسالة: ومن حاز دارًا على حاضر عشر سنين تُنسب إليه وصاحبها حاضر عالم إلى آخره ما نصه: قال المازري: تصح الحيازة بسبعة شروط وهي: الحوز ووضع اليد على الشيء المُحاز، وأن يُنسَب إليه، وأن يتصرّف فيه تصرُّف المالك في ملكه، وأن تطول المدة، وأن لا ينازع المحاز عنه في تلك المدة، وأن يكون حاضرا عالما بالغا رشيدا لم يمنعه من القيام مانع. قوله: عالم، الأظْهَر أنّ مراده عالمٌ بتصرّف الحائز وبأن الدار تنسب إليه ملكا، وقيل: أراد عالم أنها ملكه، انتهى ما يمسّ من القلشاني.

قلت: قوله يصحّ الحوز بسبعة شروط وهي الحوز ووضع اليد غير بيّن إذ الشرط غير المشروط لا أنه عينه إلاّ أنْ يريد بالحوز المشروط الحوز الحكمي وبالشرط الحوز الحسي، وعطفه وضع اليد على الحوز غير بيّن لأنهما يرجعان إلى معنى واحد فعطف أحدهما على الآخر مشكل لأن العطف يقتضي المغايرة.

واعرف ما في الورقة الثانية والثلاثين من شهادات كبير ابن ناجي ونصه الشهادة بالملك تصحّ بخمسة شروط: اليد والتصرف تصرّف المالك وان ينسب لنفسه ولا منازع وطول الحيازة. وما في ثالثة العتق

الثاني من حاشية الشيخ الوانوغي ونصه: حيازة الملك تصح بخمسة شروط: وضع اليد وأن ينسب لنفسه ولا منازع له ويتصرف تصرف المالك وطول المدة، أربعة تؤخذ من المدونة، والطول ذكره ابن سهل، انتهى. وفي الورقة الخامسة من أقضية وثائق الفشتالي عن النوادر نحو ما لابن ناجي. وقول الشيخ شهاب الدين الدعوى غير المشبهة هي التي تكذبها العادة، وقع في القاعدة السابعة في من يلزمه الحلف من قواعد الدعاوى والشهادات من ترتيب القواعد والفروق للشيخ المغربي.

وقولنا: وله في موضع آخر مع القاضي البرهان، أما الموضع الآخر فهو في المسألة الثانية من القاعدة الأولى من قواعد الدعاوى والشهادات المذكورة. وأما كلام القاضي البرهان فوقع في النوع الأول من الشرط الخامس من شروط الدعاوى الصحيحة في الورقة الخمسين من تبصرته. وقولنا: دخل كلام بعضهما في بعض معناه خلط كله حتى صار بالخلط بمنزلة كلام واحد وأخذ محصّله ووجه الخلط والأخذ أن العلماء يخبرون عن الشرع وهو واحد والشارع واحد ولا سيما أهل المذهب الواحد. وهذه العبارة وهي قال فلان وقال فلان دخل كلام بعضهما في بعض. وقع مثلها في كلام الاستغناء لابن عبد الغفور في ترجمة [26 ب] وثيقة استشفاع في الورقة التاسعة والخمسين من الطّرر ونصه: قال بعض المتأخرين وبعض أصحابنا دخل كلام بعضهما في بعض، ونقله الشيخ البرزلي كما هو في الورقة الثانية من شفعته.

وقولنا: يشهد له قاعدة «كل دعوى ينفيها العرف وتكذبها العادة فإنها مرفوضة» الشيخ ابن عرفة -رحمه الله تعالى- في أواسط بحث الحيازات في الورقة الرابعة والخمسين من شهادات مختصره ما نَصَّه: صدّر الشيخ باب الحيازة بتقريره أن عوائد الناس كالإقرار، ابن عرفة: ومسائل المدونة واضحة به. وتقدم في كتاب الأيْمان والنذور الكلام

على اعتبار العادة الفعلية والقولية فلذا قال ابن شاس -رحمه الله تعالى- في ابتداء الحيازة مستدلا على اعتبارها بقوله « كل دعوى ينفيها العرف وتكذبها العادة فإنها مرفوضة ». قال تعالى ﴿وأمر بالعرف﴾[1] وأوجب الشرع الرجوع إليه عند اختلاف الدعاوى. واعرف ما في الاعتذار الرابع في الورقة السابعة ومائة من تذكير الغافل للشيخ الجد -رحمه الله تعالى-. الشيخ المغربي في قول ستورها: وإذا قال لمعتدَّة: قد راجعتُك، فأجابته نسَقًا بكلامه: قد انقضتْ عدّتي. فإن مضتْ مدة تنقضي في مثلها العدة صُدّقتْ بغير يمين وإلاّ لم تصدّق. ما نصه: إنما لم تصدّق لأن العرف كذّبها. والقاعدة أن «كل مَن يصدّق شرعًا إنما يصدّق ما لم يكذّبه العرف» ومثله للشيخ ابن ناجي في قولها المذكور في ثالثة ستور صغيره. واعرف الورقة السادسة والورقة السادسة والثلاثين من إرشاد الراغب، والورقة الرابعة والثلاثين من تذكير الغافل الشيخ الجد -رحمه الله تعالى-.

قولنا: غير شرط في حجيتها على المشهور وقد مرّ، أعني مرّ في كلام الشامل المنقول عنه في الجواب. وصرّح بالمشهور أيضا الشيخ ابن ناجي في الورقة السادسة والثلاثين من شهادات كبيره في قولها قال مالك: ومن أقامت بيده دار سنين ذوات عدد الخ. وقولنا: إلاّ أن يريد به مطلق الدلالة على التصرّف أي ولم يقصدا به الشرطية في إعمال الحيازة وفي حجيّتها، فإذا أرادا به ذلك فلا نظر حينئذ في كلامهما. وقولنا: ويكفيه مع دليل الحوز المذكور أن يقول: ملكتُها بأمر لا أريد إظهاره أعني لا بالحيازة وحْدَها فقط. هكذا وقع في ترجمة وثيقة بموت ووراثة ومعرفة أملاك الميت في الورقة المائة من الطرر قال: فالحائز

1) القرآن: الأعراف 199.

أحق بذلك إن ادعى ذلك ملكا لنفسه بأمر لا يريد إظهاره ولم يدَّعِهِ ملكًا بحيازته إياه فقط، انتهى.

قلت: إنما كانت الحجة للحائز في دعواه ملك محوزه إذا أضافه إلى أمر لا يريد إظهاره لا للحيازة وحدها، لأن قاعدة المذهب أن «الحيازة لا تنقل الملك». الشيخ ابن عرفة في الورقة الرابعة والخمسين من شهاداته عن ابن رشد -رحمه الله تعالى- «الحيازة لا تنقل الملك عن المحوز عليه للحائز اتفاقًا لكنها تدل على الملك» كإرخاء الستر ومعرفة العفاص والوكاء فيكون القول قول الحائز مع يمينه لقوله -صلى الله عليه سلم تسليما- (مَن حاز شيئا عشر سنين فهو له) ولأن الطالب القائم هنا لم يثبت الأصل وإنما ادعاه [27 أ] دعوى مجردة عن دليل وثبوت. اعرف التحقيق في الورقة الرابعة عشرة ومائتين بعدُ من كلام القاضي ابن رشد في رسم الكبش.

قولنا: فيُبْهِمه ولا يصرح به الضمير المنصوب والمجرور بالباء عائد على الأمر وذلك لأنه إذا سمّاه وعيّن إسناد الحوز إليه كلف إثباته من شراء أو هبة أو صدقة اعرف الورقة السادسة والثلاثين من شهادات كبير ابن ناجي في قولها قال مالك: ومن أقامت بيده دار سنين ذوات عدد. قال الشيخ الجد -رحمه الله تعالى- في ثالثة المباني اليقينية: لأنه إذا صرّح بالسبب وجب الانتقال إلى مراعاته وكلف إثباته. ولذا قال أهل المذهب شرط إعمال دلالة الحيازة على الملك جهل مدخلها، فإذا عُلم مدخلها ولو بدعوى الحائز كلّف إثباته ونظر فيه فإن صحّ صحّت وإلاّ فلا، انتهى.

قلت: قوله ولو بدعوى الحائز يعنى بأن يذكر المدخل ويسميه بحيث لا يُبْهِمُه كما مرّ وهذا أيضا إذا ثبت الأصل للمدّعي أو أقرّ له به الحائز

ولم تنْقضِ مدة الحيازة حسبما يأتي في الورقة الثامنة والخمسين ومائة بعدُ وفي الورقة الرابعة عشرة ومائتين. وأيضا ما لم يطلْ الزمان طولاً تهلك فيه البيّنة ويتعذّر عليه الإثبات. نقله في الورقة الخامسة والأربعين من المباني عن ابن يونس، وسلّمه مقتصرا عليه. ووقع في الورقة الخامسة والخمسين من المباني اليقينية أيضا ما نصّه: قول ابن عبد السلام: ظاهر كلامهم أن الحائز يلزمه بيان السبب الذي نقل الملك إليه، هو كلام المتيطي والرعيني وغيرهما، ولكن هذا بعد إثبات الطالب الملك على الوجه المطلوب في حقه، قال: وأشار مطرف إلى أن الحيازة وحدها كافية. الشيخ الجد: ليس لأنها سبب ملك الحائز وإنما هي دليل صدق الحائز في دعواه الملك أصلا أو منقولا إليه بالسبب الشرعي، فهو من باب الاكتفاء بوجود دليل السبب في مسببه وهو الملك، اعرفه فيه.

قولنا: عملا بفتوى ابن أبي زمنين ألخ في باب الأقضية والشهادات من شرح الرسالة للشيخ ابن ناجي في قولها ومن حاز دارًا الخ ما نصه: ما ذكر الشيخ أن الحوز مدته عشر سنين، به قال جميع أصحاب مالك، ثم قال: واختلف المذهب هل يلزم الحائز الكشف من أين صار له أم لا؟ فأفتى ابن أبي زمنيْن بأن لا يلزمه ذلك قائلا: لأنه يقول ملكتُها بوجْه لا أريد إظهاره، وخالفه غيره، والقولان ذكرهما عياض. واختار شيخنا أبو مهدي عيسى الغبريني الأول قال وبه القضاء. انتهى من ابن ناجي.

قلت: خلاف فتوى ابن أبي زمنيين هو ما مرّ قريبا من كلام الشيخ ابن عبد السلام عن ظاهر كلامهم ومن كلام المتيطي والرعيني من لزوم الحائز بيان ذلك وقيّده صاحب المباني بما إذا أثبت الطالب الملك على الوجه المطلوب وهو تقييد صحيح وعليه فلا يكون كلام ابن عبد السلام هو خلاف فتوى ابن أبي زمنين والغبريني لاختلاف موضوعهما،

لأن كلام ابن عبد السلام على اعتبار التقييد المذكور موضوعه الحوز المعارض بإثبات الطالب الملك على الوجه المطلوب. وكلام ابن أبي زمنين والغبريني موضوعه الحوز المجرّد الذي يلجأ إليه المقوم عليه قبل إثبات الطالب الملك. أما إذا [27 ب] أثبت الملك فلا يفيد الحائز إلاّ إثبات السبب الناقل إن لم تنْقضِ مدة الحيازة أو مجرد ذكره والحلف عليه إن انقضت من بيع أو هبة أو صدقة ممن ثبت له الملك. اعرف دليل ذلك في كلام ابن رشد في الورقة الثانية والأربعين من أقضية البرزلي وفي الورقة الثالثة والستين من التبصرة، وفي الورقة التاسعة عشرة ومائة من الطّرر في فصل التوقيف، واعرف الورقة الثامنة والخمسين ومائة تأتي، والورقة الرابعة عشرة ومائتين. وكلام الإمام المازري والقاضي عياض والشيخ الجد كله وقع في بحث الحيازة من شهادات المختصر الفقهي للشيخ الجد -رحمه الله تعالى- ولعل هذا طريقة، وما مرّ من كلام المتيطي والرعيني طريقة ثانية، ولم يتعرّض إليه الشيخ الجد في مختصره الفقهي وإنما تعرّض إليه في المباني فحمله على أنه بعد إثبات الطالب الملك على الوجه المطلوب في حقه والظاهر هو الطريقة الأولى وإلاّ لما ظهر للحوز المستجمع لشرائطه أثر في حجيّته وشهادة العادة له بالصدق وللطالب بالكذب. وقاعدة « السكوت الذي هو عَلَمٌ على إسقاط الساكت حقه» فتأمله.

ولعل الفرق بين الطريقين أن للأولى وهي طريقة المازري وعياض وابن أبي زمنين وغيرهم لا يلزم الحائز بيان السبب الذي يقال نقل الملك إليه ولا يكشف من أين صار له ولا إظهار ما بيده من رسم ملكه ويكيفه مع الحيازة أن يقول: بأمر لا أريد إظهاره. وطريقة المتيطي والرعيني ومقابل قول ابن أبي زمنين ومن على قَدَمهم يلزمه بيان السبب الذي نقل الملك إليه. والله تعالى أعلم.

قولنا: وخالف في ذلك المتيطي والرعيني ومَن على قدمهما ولعلهما طريقان. كلام المتيطي والرعيني مرّ نقله من الورقة الخامسة والخمسين من المباني. ويلزم على طريقهم أن كل حوز يصير معلوم الأصل ضرورة إلزام الحائز بيان سبب نقل ملك المحوز إليه فلا يبقى حوزًا مجهول الأصل، وكيف يستقيم هذا مع قول غير واحد؟ واللفظ للبرزلي في ثامنة دعاويه: الحيازة على المشهور إنما هي واجبة للملك في ما لم يعلم أصله. ووقع في هذا الأصل خلاف في كتاب الولاء منها، انتهى. واعرف تفسير معروف الأصل وعدم معروف الأصل في ولاء حاشية الوانوغي. قولنا: ففيهم قادح آخر يوجب بطلان شهادتهم وهو عدم إخبارهم بلحسين بما علموه من ملكه الخ. اعرف هذه المسألة في أوائل غصب مختصر النهاية وفي المانع الخامس من موانع الشهادة من الشامل ما نصه: الخامس الحرص على الأداء كالبداية قبل الطلب في ما تمحّض لآدمي، لكن يلزمه أن يخبر ربه الحاضر به وإلاّ جرّح، انتهى.

وقولنا: عملاً بأصل ابن القاسم في المدونة أن السكوت عَلَمٌ على إسقاط الساكت حقّه، قول ابن القاسم فيها هو قوله في أول تفليسها. قال ابن القاسم: ومن كان من غرماء الحي حاضرًا عالما بتفليسه فلم يقم مع من قام فلا رجوع له على الغرماء وذلك رضًى ببقاء دينه في ذمة الغريم، كعلمهم بعتقه وسكوتهم عنه فلا يرد لهم العتق إن قاموا بعد ذلك. ابن ناجي في ثالثة تفليس كبيره: قال المغربي [28 أ]: يقوم منها أن السكوت إذْنٌ، انتهى. وأخذ منها الشيخ ابن عرفة أن من وهبتْ أو تصدقتْ بأكثر من ثلثها فقبضَه المعطى له والزوج عالم بذلك ولم ينْكِر ثم أراد أن يقوم عليه وأن يردّ فعل الزوجة. فأجاب عنها...[1]

1) نقص واضح أشار إليه الناسخ بتعليق نصه: هنا نقص من الأصل فانظره.

الحمد لله، سألني محمد بن علي جراد من سوسة في أواخر حجة الحرام عام (1) عن نسخة رسم بعد افتتاحه بعد أن توفيتْ إلى عفو الله تعالى أمة الرحمان تدعى دحمانة بنت محمد الورداني عن جميع الدار الكائنة داخل سوسة وفي الحومة الجوفية منها وبمقربة من السور الغربي ويحدّها كذا وكذا، وعن جميع السدس على الإشاعة من جميع الجنان المشجّر بالزيتون خارج البلد المذكور وفي غربيها في شركة أولاد عطية، ويحدّه كذا وكذا، وعن جميع شطر الأربعة أصول زيتونًا خارج المدينة المذكورة وتُعرف عندهم بالمشتلة ومعرفتها بذلك كافية[1] عن تقصي تحديدها. وعن جميع شطر الأصلين الاثنين زيتونًا خارج البلد المذكور وفي غربيها ويَحدهما كذا وكذا. فورث ذلك عنها ولداها علي وعائشة مِن بعْلها كان محمد بن مسعود بن جراد القلعي لا غيرهما، وصحت فريضتها في ذلك بينهما من ثلاثة أسهم، طار منها لعلي المذكور سهمان وطار لشقيقته عائشة سهم واحدُ تكملتها.

وبعد أن كان ذلك كذلك حضر الآن لشهيديْه الأشقاء الثلاثة محمد وبلقاسم وعمر أولاد علي المذكور واشتروا مِن عمَّتِهم عائشة المذكورة جميع سهمها المسمى لها من أجزاء الفريضة وهو الثلث، كيف ذُكِر في جميع الرباع المحدودة المذكورة، بجميع حقوقها وعامة منافعها القديمة والحادثة، اشتراءً صحيحًا جائزًا منعقدًا منبرمًا عريًّا عن وجوه الفساد كلها دون شرط ولا خيار ولا على سبيل رهن ولا تأليج. بثمن جملته لجميع المبيع المذكور وسائر حقوقه كيف ذكر خمسة وعشرون دينارًا ذهبا عينًا كرونة من ضرب الإسبنيور -دمرهم الله تعالى- بالحلول. وسلّمتْ لهم المبيع المذكور فتسلّموه منها وحازوه عنها وحلُّوا فيه محلَّها ومحلّ ذي الملك الصحيح في ملكه بعد اعترافهم بمعرفة الثمن

1) وردت في الأصل: كاف، والاصلاح مقترح.

والمثمون المعرفة التامة النافية للجهالة من الجانبين. ودخلوا في ذلك على السنّة والسلامة والمرجع بالدّرك حيث يجب ويلزم شرعا. شهد على إشهاد جميعهم بما عنهم فيه وهم بحال الجواز وعرفهم، بتاريخ أواخر صفر عام ألف [1000 هـ/ أواسط ديسمبر 1591 م]. وفي إشهاد البائعة المذكورة أنها أبرأتْ أولاد شقيقها المشترين المذكورين في جميع الدعاوي كلها وكافة المطالب جملة بأسرها وفي جميع ما كانت وهَبْتهم جدّتهم دحمانة المذكورة، ورفعت عنهم في ذلك يد التعرض والنزاع لاعترافها بصحتها، وأن الهبة المذكورة وقعتْ من والدتها لهم كيف ذكر وأسْقطت الطعن والمقال فيها وفي شهيديْها. وأشهدت أيضا أن شطر الجنان الكائن خارج المدينة المذكورة الكائن بالموضع المعروف بأبي حسينه ويحدّه كذا وكذا [28 ب] المشجر بالزيتون هو ملك للواهبة والدتها دحمانة المذكورة حين وهبتْه لهم كان صيَّره لها بعْلُها راوي في دين ترتّب لها عليه. أشهدتْ بذلك قولاً بالحق وعملاً به وخوفًا من الموت وفجأتِه والمشترى المذكور بين المشترين المذكورين بالسواء لا فضل لواحد منهم على الآخر. وبجميعه. شهد في التاريخ المذكور فلان وفلان.

ويتصل بذلك رسم بشهادة الأول من الشاهديْن المذكورين ومعه غيره يتضمّن إشهاد البائعة المذكورة عائشة بقبض جميع الثمن المذكور من المشترين المذكورين بمعاينتهما وإبرائها إياهم من ذلك الإبراء التام بتاريخ الرسم الأول المذكور.

السؤال بعد افتتاحه: جوابكم بعد تأمّلكم من المنسوخ في الأعلا هل هو صحيح عامل تام الشروط يقضى به على البائعة بصحة البيع والاعتراف بصحة الهبة والإبراء لأولاد أخيها المشترين المذكورين أم لا؟ فإن البائعة قامت الآن وطلبتْ نسخةً من المكتتب في الأعلا تروم بذلك إبطاله فهل لها نسخة أم لا؟ جوابكم والسلام.

أجبتُ عنه بما نصه بعد افتتاحه: تصفحتُ النسخة وما اتصل بها ووقفت على ما ذكر في السؤال. وإذا كان الأمر كما ذكر وأُعْطيتْ عائشة القائمة نسخة مما شهد عليها به أجمع للإعذار وتأجلتْ ولم تُبْدِ معارضا لزمها إسقاط الإعذار في ذلك ويقضى عليها بصحته. ووجه ذلك أن رسوم الأشرية إنما تفيد قطع النزاع بين المتبايعين وِفاقًا للشيخيْن ابن عبد السلام وابن عرفة. زاد الشيخ البوسعيدي البجائي: أو من جاء مِن قِبَلهما. وإعطاء النسخة للإعذار إما جزؤه وإما وسيلته. والله تعالى أعلم، وبه التوفيق.

تذييل، قولي: ووجه ذلك أن رسوم الأشرية إنما تفيد قطع النزاع بين المتبايعيْن الخ. اعرف ذلك في الورقة الخامسة عشرة من الجزء الرابع مَرَّ وفي ثامنة عيوب البرزلي وفي الثالثة والأربعين من أقضيته وفي التاسعة من ضرره وفي الثانية من دعاويه. واعرف الورقة الرابعة والثلاثين من المباني اليقينية والورقة الخامسة والثلاثين تليها، واعرف الورقة الثامنة والسبعين من الجزء الخامس.

وقولي: وإعطاء النسخة للإعذار إمّا جزؤه وإما وسيلته. الأول بناء على أنه مركّب والقول بتركيبه هو مختار المتأخرين. وعليه فأجزاؤه لفظٌ وهو قول الحاكم: أَبَقِيتْ لك حجة؟ وفعلٌ هو إعطاء النسخة والتأجيل لذلك وقيل بسيط وهو ظاهر المدونة في قولها: أبقيتْ لك حجة؟ فإن قال: لا، حُكِم عليه، وهو أصل المتقدمين. فإذا قلنا إنه مركب وإعطاء النسخة جزؤه، والقاعدة أنّ « الإعذار شرط في الحكم « حسبما صرّح به ابن أبي الدنيا فجزء الشرطِ شرطٌ كما أن جزء السبب سبب. وإذا قلنا إنه بسيط كان إعطاء النسخة وسيلة فيه والقاعدة أن «وسيلة الواجب واجبة » اعرفه في آخر ورقة من تبصرة ابن فرحون وفي ترتيب [29أ] القواعد.

لكن تعريف الشيخ ابن عرفة للإعذار لا تظهر منه الوسيلة وهو قوله: الإعذار سؤال الحاكم مَن توجّه عليه مُوجب حكم هل له ما يسقطه؟ الشيخ الجد -رحمه الله تعالى- في مختصره الفقهي إثر نقله إياه ما نصه: الصواب أنه ثبوتُ ما يوجب سقوط قول بينة توجّه موجب الحكم بشهادتها على من شهدتْ عليه وسؤال الحاكم بذلك وطلبه المشهود عليه وتمكينه القاضي منه قبله. وكل واحد من ذلك لا يسمى في العرف إعذارًا، انتهى. فعلى تعريف الشيخ الجدّ تظهر الوسيلة. واعرف الورقة السابعة ومائة من الجزء السادس مرّ والورقة الثالثة من جواب الاعتذار الخامس عشر من تذكير الغافل للشيخ الجدّ في الورقة السابعة والأربعين ومائة منه، واعرف في الورقة المائتين من التبصرة نقله عن رسالة القضاء قول ابن المواز مقتصرا عليه.

الحمد لله، سألني أحمد ابن الكاتب أبي عبد الله محمد الفاسي وصهره التاجر محمد ابن التاجر أبي العباس أحمد الخلادي في أوائل محرم الحرام فاتح شهور عام واحد وألف من الهجرة [1001 هـ / 8 أكتوبر 1592 م] عن مسألتهما بما نصه بعد افتتاحه: جوابكم عن مسألة رجل كان مسجونا وله أملاك وأثاث، ومن الأملاك المذكورة جنان مشتمل على دور وأرض بياض وأشجارٍ. وتوفي الرجل المسجون قتيلا من ذلك السجن، وأخذَ مَن ناب عن جانب بيت المال جميع أملاكه وأثاثه مدّعيًا أن المتوفى المذكور من العُمَّال وأبقى لأولاده وسائر ورثتِه الجنان المذكور تفضُّلاً منه عليهم ورفقًا بهم ورعايتهم، فبقي الجنان المذكور بأيديهم يستغلّونه على نسبة الإرث من تاريخ الوفاة إلى الآن مدة تقرب من اثني عشر عامًا وقد باعوا في أثناء المدة بعض أرضه البياض.

وقام عليهم الآن رجل كان محجورًا للمتوفى المذكور أُطلِق من الحجْر وأُلْحِقَ بالرّشْد قبل وفاة المتوفى وقبل سجنه وزعم هذا القائم

أن المتوفّى كان قبل وفاته بأيام قليلة وهو في السجن المذكور اعترفَ له بأن شطْر الجنان المذكور له كان اشتراه له بماله بمقتضى نظره الذي كان له عليه. واستظهر برسم الاعتراف المذكور مؤرخ بأوائل قعدة عام ثمانية وثمانين وتسعمائة [988 هـ / أواسط ديسمبر 1580 م] وقت سجن المعترف المتوفّى المذكور بشهادة شاهدين من شهود موْضعهم، فأما أحدهما فإنه استفسر عن شهادته فشهد بأن المتوفَّى وقت الاعتراف كان ذاهب العقل يتكلّم بالكلام الغير معقول من سبب تشنقيل[1] وتعذيب أصابه، وأما الثاني فاستُفسر وشهد بأن الاعتراف وقع بإثر التشنقيل والتعذيب المذكوريْن ولم يشهد بأنه ذاهل العقل فسقطت شهادة من شهد بالذهول وقدح الورثة في شهادة الآخر بأمور منها ما علمتم قد وقع في السجلّ من أنّ الأجانب لا قيام بينهم في الأملاك بعد مضي عشرة أعوام ومنها أنّ المعترف كان في حال السجن المذكور خائفًا على رباعه وأثاثه أن تُحاز لجانب بيت المال، فهو مظنّة لقصده تحصين شطْر الجنان بالاعتراف [29 ب] لذلك الرجل القائم ليسْلم من حيازته لجانب بيت المال وتحسين الظن بالرجل القائم المعترف له المذكور ويرى أنه يردّه على ورثته. والقرينة في ذلك وقوع المخوف منه هو حيازة تركتِه لجانب المخزن. ومنها أن البيع الذي باع الورثة من أرض الجنان البياض أحد شاهديه هو الشاهد الذي لم يشهد بالذهول شهد في بيعهم لذلك ولم يُقِم شهادته بوجه. ومنها الحيازة الشرعية، فإنّ هذا الرجل القائم أجنبي على الورثة وهو حاضر معهم بالبلد عالم بحيازتهم قادر على القيام عليهم ساكت حتى مضتْ الاثنتا عشرة سنة منها ما يزيد على تسعة أعوام في

1) شنقل لفظ يستعمل عند العامة للدلاله على رفع الأشياء والأشخاص بوسطه حبّال. ومنه لفظ شنقال (عامي) يدل على آلة الرفع. وفي هذا النص يدل اللفظ علىَ نوع من تعذيب المساجين برفعهم وإبقائهم معلّقين. ورد لفظ الشنقال لمعنى آلة الرفع في ملحق المعاجم العربية لدوزي ج1 ص 792.

طالعة المدة لم يقع بينه وبينهم مصاهرة. ومنها قريب ثلاثة أعوام آخر المدة حدث بينه وبينهم فيها المصاهرة بأن عقد النكاح على بنت. . .[1] وفي علمكم أن حيازة الأجانب عشرة أعوام قاطعة لقيام القائم.

فهل تبطل شهادة أحد شهيديْ الاعتراف لتضمّنها ذهول المشهود عليه وتبطل شهادة الآخر بالقوادح المذكورة؟ وكيف ترون لو قال المعترف له إن رسم الاعتراف إنما كتب الآن وقت سمي لكون شاهديْه لم يخبراني بما عندهما من الشهادة إلاّ الآن. فهل يصح هذا العذر بصحة التمسك بشهادة الشاهد المذكور أولا يصح لكون الشهادة إذا تمحضّتْ لآدمي فلا يلزم الشاهد أن يخبر بها صاحبها الحاضر وإلاّ جُرّح والمشهود له في النازلة حاضر مجاور للشاهد المذكور يراه مساءً وصباحًا المدة المذكورة ؟ وكيف ترون أن لو قال الشاهد المشهود له في عدم إخباره إياه بالشهادة إلاّ وقت القيام، واعتذر الشاهد بالنسيان فهل يقبل ذلك أو لا يقبل؟ لأن شهادته التي استظهر بها لهم مؤرّخة بأوائل قعدة الحرام المذكور، وذلك هو وقت أن كان المتوفّى المعترف مسجونا وذلك ينافي النسيان ؟ جوابكم شافيا تؤجرون، والسلام.

أجاب عنه الحاج سالم النفاتي بما نصه بعد افتتاحه: إذا كان الأمر كما ذُكِر فالاعتراف المذكور غير عامل ولا يصحّ القيام به، والجنان ثابت لورثة المعترف له المدة المذكورة لأن الاعتراف المذكور إن كان المعترف له قام به الآن وكان بيده المدة المذكورة فلا حجة له به، وإن كان الشاهد المذكور إنما شهد به الآن قام به أيضا سكوت الشاهديْن وعدم إخبارهما بالاعتراف المذكور وكون ورثة المعترف يتصرّفون في الجنان المذكور مع علم الشاهدين، وهذا جُرْحة في حق الشاهديْن فلم يخبرا رب الاعتراف. وأيضا فشهادتهما في بيع بعض أماكن من الجنان

1) بياض بمقدار كلمة بالأصل.

يدل على سقوط شهادتهما. والحاصل أن الاعتراف المذكور غير صحيح ولا قيام به على ورثة المعترف. والله تعالى أعلم، وبه التوفيق. وكتبه العبد الفقير سالم. وعطف عليه بالصحة والموافقة الفقيه عبد الملك القرقوي الجربي. ثم بطرّته الفقيه أحمد المسراتي.

وسألني أصحابه الجواب عن النازلة فرأيتُ أن يكون جوابي بعدهم لا منفردًا بورقة. فكتبت [30 أ] تلو ذلك ما نصّه: الحمد لله، طلبْتَ جوابي عن هذا السؤال المصدّر به في الأعلا أي بعد وقوع الجواب عنه أعلاه. وبعد أن كان ذلك فاعلم أن ما أجاب به الشيخ المفتي صدْر الأجوبة أعلاه -حفظه الله تعالى- صحيح. وبيان ذلك أن مقصود السؤال انحصر في ثلاثة فصول وهي المستفهم عنها هل: الأول هل تبطل شهادة أحد شهيديْ الاعتراف لإثباته ذهول المعترف وقت اعترافه وتبطل شهادة الآخر بالقادح المذكورة في السؤال؟ الثاني هل يُقبَل عذر المشهود له بقوله ما علمت حقي من الجنان إلاّ الآن لكون شهيديْ الاعتراف لم يخبراني بما عندهما من الشهادة إلاّ الآن وقت قيامي؟ الثالث هل يُقبَل عذر الشاهد عن عدم إخباره القائم المشهود له بالشهادة المدة المذكورة لنسيانه إياها.

والجواب عن الفصل الأول أن الشاهد بذهول المعترف وقت الاعتراف سقطتْ شهادته في الاعتراف لأن عقل المشهد وميْزَه شرط صحة إشهاده إذ لا تكليف عمومًا مع فقده، وشهادة من لم يحفظ الذهول يكفي في سقوطها كل واحد من الأمر الثالث والرابع المذكوريْن في السؤال.

أمَّا الثالث فوجه الدلالة منه على السقوط أن الشهادة في الاعتراف في النصف المشاع والشهادة في بيع بعض ما منه المشاع قد تُنَافي لازِمَهما

وتضادّه، وإن لم يكن في الكل فهو في البعض المبيع ومتعلّقهما متّحد لأجل الإشاعة. والقاعدة أن «تنافي اللوازم يقتضي تنافي الملزومات» فتبطل الشهادتان لذلك. ولذا بطلت الشهادتان في من شهد في تحبيس ملك ثم شهد في بيعه على ما به العمل. قاله في أحكام القاضي أبي المطرف المالقي ومثله في أحكام ابن حدير قائلا: لتضادد الشهادتين واختلافِهما، انتهى. يعني لتنافي لوازمهما وهو مبني على عدم قبول العذر بالنسيان.

وأما الرابع فالحوز على القائم المدة التي تزيد على التسعة الأعوام قاطعة لقيامه. قال في المدونة: من أقامتْ بيده دارٌ سنين ذوات عَدد يحوزها ويمنعها ويكريها ويهدم ويبني، فأقام رجلٌ بينةً أنها داره، إلى أن قال: فإن كان هذا المدعي حاضرا يراه يهدم ويبني ويكري فلا حجة له وذلك يقطع دعواه. ابن ناجي في كبيره: أراد بما ذكره حوز الأجانب. ويتحصّل في مقدار الحوز المعتبر بينهم ثلاثة أقوال قيل تسع سنين وقيل عشر وقيل العرف، ثم قال: ورجَّح المغربي الثاني، ورجح شيخنا -حفظه الله تعالى- الأول، فكان لا يفسّر المدونة إلاّ به. ثم قال: والمشهور أن الحوز وحده دون الهدم والبناء كافٍ.

والجواب عن الفصل الثاني هو ما وقع في كبير الشيخ ابن ناجي -رحمه الله تعالى- ونصّه: ظاهر الكتاب لو قال المدّعي ما علمتُ أن لي حقًّا إلاّ الآن، أنه لا يُقبل منه وهو كذلك، وقيل يُقبَل منه بعد يمينه. ثالثها إن كان وارثًا فالثاني وإلاّ فالأول ثم قال: كان شيْخنا ابن عرفة يفتى بالأول ثم شاهدتُ فتوى شيخنا أبى مهدي عيسى الغبريني به أيضا حتى في مسألة الوارث، وأردف بفتوى [30 ب] شيخه البرزلي بالثاني وزَيَّفها، ووقفتُ على سؤال من الشيخ أبي عبد الله محمد بن قارة قاضي المنستير في الدولة العثمانية لقاضي الجماعة الشيخ الصالح

أبي عبد الله محمد الرصاع الأنصاري -رحمهما الله تعالى- عن نظير هذا الفرع. وذكر في السؤال الأقوال الثلاثة وفتوى الشيخ ابن عرفة بعدم قبول عذره المذكور قائلا : وتبعه عليه الشيخ أبو مهدي عيسى الغبريني وفتوى الشيخ البرزلي بقبول عذره، فهل العمل على الأول أو على الثاني؟

فأجاب بقلمه الأحمر بما نصّه: الحمد لله، المسألة كما ذكرتم فيها الخلاف والعمل على ما أفتى به الشيخان -رضي الله تعالى عنهما-. والله الموفق، وهو أعلم، انتهى.

لا يقال العمل ما قررته في عدم قبول عذر القائم بقوله: ما علمتُ حقّي إلاّ الآن محمول على ما إذا كان عذره مجرَّدا عن صدق وعذر القائم في النازلة صحبه مصدّق وهو شهادة شاهده أنه لم يخبره بالشهادة. فكان ينبغي قبول عذره لاقتران قوله بمصدّق لأنا نقول قول شاهده إنه لم يخبره بالشهادة إلاّ وقت قيامه صيّره مجْروحًا بسكوته، وجرْحته بسكوته تُسقط شهادته المسكوت بها. فصارت معدومة شرعا والقاعدة أن « المعدوم شرعًا كالمعدوم حسًّا» فقد تجرّد قول القائم عن مصدّق فوجب طرحه بما قرّرناه، وعذر الشاهد يأتي الآن الجواب عنه.

والجواب عن الفصل الثالث مِن وجوهٍ: أحدها أن قول ابن القاسم: إن الشهادة ذات حق لآدمي إذا لم يخبر شاهدها صاحب الحق بها بطلتْ قولا مطلقا من غير تقييد بعدم عذر النسيان ولم يقع في كلام الحفاظ نقل قوله بالبطلان بالسكوت إلاّ بصورة الإطلاق. وإنما وقع قبول العذر مطلقا أيضا في هذا الفرع دون تقييد العذر بقيد النسيان في قول ابن كنانة. وما رأيتُ مِن قيْد البطلان في قول ابن القاسم بقيد عدم العذر عموما أو بقيد عدم عذر النسيان خصوصا. وقد تصدّى لاستيفاء نقل الخلاف في هذا الفرع القاضي البرهان والشيخ بهرام وما تعرضا

لتقييد قول ابن القاسم البطلان بعدم عذر النسيان بوجه مع تصدّيهما للاستفتاء. والشيخ ابن عرفة والشيخ ابن ناجي حيث نقلا عن القاضي أبي الوليد بن رشد أنّ قول الآخرين إنما تبطل الشهادة بترك إعلام ربّ الحق بها إذا لم يكن عنده علم بها. وأما لو علم بعلمهم ولم يقم فلا يضرهم. قال القاضي: وهذا تفسير لقول ابن القاسم، انتهى. فلو كان لقول ابن القاسم بالبطلان تفسير أو تقييد بعدم عذر النسيان لَذَكره حفّاظ المذهب المذكورون ولَبَادروا بالتنبيه عليه فهذا موْضعه وهم القدوة. وما وقع في مختصر النهاية فهو غير معزو لابن القاسم ولا للمذهب ولا لمشهوره ولا للمعمول به.

ثانيها أنّ كتْم الشاهد الشهادة إلى وقت القيام في هذه النازلة صيَّره مجرّحًا كما مرّ، ثم اعتذاره عن كتْمِه بالنسيان فيه تهمة على رفع الجرحة عنه، وتجويز شهادته فلا يُقبل للتهمة المذكورة إذ قد تقرّر في كتب أهل المذهب من موانع قبول الشهادة تهمة الشاهد على إزالة نقص عنه وجرحة رد شهادته نقصٌ قطعًا فيتهم على إرادته رفع هذا النقص [31 أ] عنه. ومن ثم كان أصل ابن القاسم جرحته بالكتم ولعل هذا المعنى هو وجه عدم تقييد ابن القاسم البطلان بعدم عذر النسيان وعدم مراعاته إياه ملاحظة منه للتهمة المذكورة.

ثالثها أن اعتذار الشاهد المذكور في النازلة بالنسيان فيه تهمة على إرادته قبول الشهادة فيصير ذلك من باب الحرص على القبول، وهو مانع على المشهور ودرج عليه في المختصر.

رابعها أن اعتذار الشاهد المذكور بنسيان الاعتراف يجرّ إلى شهادته بالاعتراف نفعا لتصحيحها، ألا ترى مَن شهد لرجل بحقٍّ فطلب بتفويته فأتى بآخر فأفتقر إلى تزكيته فأتى بشاهده الأول ليزكيه. قال الشيخ أبو

مهدي عيسى الوانوغي: لا تصح تزكيته لأنه قد تجر إلى شهادته نفعا، انتهى. وعزاه في الذخيرة وفي كبير الشيخ ابن ناجي لابن القاسم لا يقال قد اختار بعض الشيوخ عدم بطلان الشهادة بترك القيام بها زمانا في حق الله تعالى، إذ قد يكون للشاهد عذر بعدم دعوته إليها أو تأويل يُعذَر به فما المانع أن يلحق بهذا فرع حق الآدمي في النازلة؟ لأنا نقول: مانع الإلحاق ما تقرر من أَوْكَدِيَّة حق الله تعالى على حق الآدمي. فلا يلزم من قبول العذر المذكور في فرع حق الله تعالى لإعمال الشهادة معه محافظة على ذلك الحق أن يكون العذر مقبولاً في فرع حق الآدمي. إذ لا يُقاس غير الأَوْكَد على الأوكد لأن الأوكدية خُصوصية في الأصل وعدم الأوكدية خصوصية في الفرع، وكلاهما مانع من الإلحاق حسبما تقرر في فن الأصول. ولو سُلّم عدم الفارق المذكور فمصدوق الزمان عامٌ والسكوت في النازلة اثنا عشر عامًا، فهذا فارقٌ مانع أيضا من الإلحاق ولا يُعذَر بالجهل لأن الشاهد هنا من العدول المنتصبين وللاتفاق على عدم قبول عذر الجهل. قاله في المقدّمات. هذا تقرير أجوبة الفصول الثلاثة التي اشتمل عليها السؤال. وبذلك سقط الاعتراف المذكور عن درجة الاعتبار كما وقعت الأجوبة أعلاه. والله يقول الحق، وهو يهدي السبيل. وهو سبحانه وتعالى أعلم، وبه التوفيق.

تذييل، قولنا: إذ لا تكليف عموما مع فقده أي فقد العقل والتمييز. وفي هذا الكلام إعطاء عموم الحكم حيث شرطتُ في عموم التكليف وجود العقل للمكلف وسندي في ذلك ما صُرِّح به في طالعة علم الكلام وأصول الفقه. انظر إلى قول الشيخ عمر النسفي حيث قال في عقائده: ولا يصِلُ العبد إلى حيث يسقط عنه الأمر والنهي. وقول العلامة التفتازاني في شرحه: يعني ما دام عاقلا. وللشيخ المغربي -رحمه الله تعالى- في خامسة جراح كبيره على المدونة في قولها: وفي العقل الدية ما نصه:

إنما كان فيه الديّة لأن منفعته أعظم المنافع وإن كان ليس بجارحةٍ ظاهرةٍ، ألاَ ترى أن العقل إذا ذهب سقط التكليف عن المكلف، ولو ذهبت جارحة له لم يسقط التكليف عنه ما دام معه شيء من العقل. ونقله ابن ناجي في رابعة جِراح كبيره في قولها المذكور ولم يَعْزُهُ للمغربي حتى أوهم بعدم عزْوِه. الناظر في كتابه أنه مِن عنده فعليه في ذلك درك. واستقريتُ [31 ب] من كتابه كثيرًا من ذلك يذكره كأنه من عنده وهو من كلام المغربي مع أنه كثيرًا ما يقول في حق المغربي سبقه بما قال شيخه أبو إبراهيم الأعرج فعليه درك حيث لم يَعْزُهُ إليه، فاعرفه.

قلت: فالعقل على هذا شرط التكليف، والتكليف شرط مؤاخذة المكلف بتباعات ما كُلِّفَ به، ومما كُلّف به الاعتراف بما عليه من الحقوق لمؤاخذته بتباعته شرطه التكليف، والتكليف شرطه العقل والعقل مفقود مع الذهول المشهود به. فإذا فُقِد العقل الذي هو شرط التكليف تنعدم مؤاخذة المعترف بتباعة اعترافه، لأن القاعدة أن « شرْط الشّرْط شرطٌ كما أن سبب السبب سبب». فاعرف ذلك. ووقع في الفصل السادس في صفة الشاهد وموانع القبول في الورقة الرابعة والثمانين من التبصرة ما نصه: العقل شرط في التكليف وإشهاد المشهد بما عليه من الحقوق هو من الأمور التكليفية لقوله تعالى ﴿وأشهدوا إذا تبايعتم﴾[1].

قال القاضي البرهان في الورقة الحادية والثمانين من تبصرته: يجري مجرى المبايعة في الحقوق على اختلاف أنواعها، قال بعض العلماء: هو على الوجوب، وقال مالك: هو على الندب وساق دليله -رضي الله تعالى عنه- فاعرفه فيه. والمعلوم في فنّ الأصول أن الندب تكليف فإنه اقتضاه الخطاب اقتضاءً غير جازم والأحكام الخمسة هي أنواع الحكم التكليفي فاعرفه.

1) القرآن: البقرة 282.

قولي: فهو في البعض المبيع وتعلقهما متحد لأجل الإشاعة، والقاعدة أنّ «تنافي اللوازم يُؤذن بتنافي الملزومات» الخ البعض المبيع أي المبيع من الجنان. وبيان تنافي لازمهما وتضاده المذكورين في البعض المبيع أن لازم الشهادة في بيع الورثة صحة تصرّفهم حيث تصرّفوا بالبيع المذكور وصحة تصرّف المشترى منهم في البعض المبيع، وبطلان ما عسى أن يتصرّف به المعترف له ولازم الشهادة بالاعتراف شركة الإشاعة في جميع الجنان المذكور الشامل لجميع أبعاضه التي منها البعض المبيع أن يصح تصرّف المعترف له في النصف الشائع من المبيع ويبطل تصرّف الورثة الذين تصرّفوا به في بيع البعض المبيع كله. وتصرّف المشتري منهم فيه كذلك لأنه تصرّف منهم في ملك الغير وهو المعترف له الشريك بالنصف المشاع. ولا شك أن الصحّة والبطلان المتعاكسين بحسب اللازمين قد تنافيا في محلّ واحد وهو المبيع. الشيخ ابن ناجي في أول غصب كبيره: الحِرَابة غير الغصب لتنافي أحكامهما إجماعا من حيث الجملة، انتهى. وفي بحث الكلام من شرح الحاجبية للشيخ البكي[1] ما نصّه: وما نُقل عن الأسفراييني من أن الكلام واحد وهو الخبر والاستخبار والأمر والنهي والنداء ترجع إليه في غاية الضعف إذ « تنافي اللوازم يؤذن بتنافي الملزومات» والخبر يحتمل الصدق والبواقي لا تحتمله فافهم، انتهى من البكي.

ولا يقال لعل المالك وهو المعترف له يُجيز له البيع فيرتفع إلينا المذكور لأنا نقول بيع ملك الغير بيع عداء، قاله في ثالثة بيوع الشامل وفي أول باب البيع من شرحه الوسط في قول المختصر ووقف ملك غيره على رضاه، ووقع في تاسعة [32 أ] بيوع البرزلي ما نصّه: نهيه -صلى الله عليه وسلم تسليما- عن بيع ما لا تملك. يحتمل أن يريد

1) كذا بالاصل.

ما لا يتقرر عليه ملك كالحرّ وأمّ الولد ومال الغير، ويحتمل أن يريد ما لا يملك في الحال وهو مملوك في الجملة كبيع المغصوب وهو في يد الغاصب. ونقل البرزلي في ثالثة بيوعه عن القاضي أبي الفضل -رحمه الله تعالى- أنّ بيع مال الغير بغير أمره من البيوع الفاسدة وأنه من البيوع التي يصح إدخالها في بيع الغرر. زاد الشيخ أبو عبد الله المغربي في خاتمة القاعدة الخامسة من قواعد البيوع من ترتيب القواعد والفروق عن القاضي أبي الفضل -رحمه الله تعالى- أيضا: أنه لا يجوز الإقدام عليه ابتداءً، اعرفه فيه واعرف ما في الورقة التاسعة من هذا الجزء. قلت: إنما كان من البيوع الفاسدة ومنع ابتداء لمطابقة النهي المذكور، والنهي يدلّ على الفساد حسبما هو في فصل البيوع المنهي عنها من المختصر وغيره واعرف ذلك في أول بيوع ابن عرفة.

قولي: وتنافي اللوازم يقتضي تنافي الملزومات هذا الحكم قرره علماء الميزان ولذلك كان بطلان اللازم والقدح فيه من حيث إنه لازم يفضي إلى بطلان ملزومه والقدح فيه. ولذا قال الإمام فخر الدين الرلزي -رحمه الله تعالى- :

أيا مَن حياتي نوْع جنسٍ وِصَالِه ومَن عيشتي ملزوم لازم حبّـهِ
أيُوجَد مـــلزوم ولا لازم لــه محالٌ ونوعٌ لم يقُمْ جنسه بــه

قولي: وهذا مبني على عدم قبول العذر بالنسيان، الإشارة بهذا إلى بطلان الشهادتين لتضادُدهما وتنافي لوازمهما لأن القول المقابل لما به العمل هو إن كان الشهود مبّرزين فلا يضرّهم ويُحْمَلون على النسيان. وفي المسألة أقوال أُخَرَ اعرفها في الموفاة ثلاثين من أقضية البرزلي عن أحكام الشعبي ووثائق ابن رشد. وأردف الكلام عليها بفرع مَن شهد في حُبُس ثم بِيعَ بحضرته ولم يرفع شهادته إلى أربعين سنة، أفتى الشيخ ابن

أبي زيد ببطلانها لأن فيها حق لله تعالى وهو مما يستدام تحريمه وهو التصرف فيه بالملك، وكرر الكلام في مسألة الشهادة في الحبس وفي بيعه في الورقة الثالثة عشرة من حبسه. وفيها نقل ما ذكرنا عن أحكام ابن حدير. وذكر الشيخ ابن ناجي فرع الشهادة في الحبس ثم الشهادة في بيعه في أوائل شفعة كبيره، واعرف بحث العذر بالنسيان وعدمه في باب الوديعة من برنامج الشوارد، وقول المدونة وقع في أواخر شهاداتها من قول مالك -رضى الله عنه-.

وقول ابن ناجي عليها وقع في الورقة السادسة والثلاثين من شهادات كبيره ونقلته في الورقة الثالثة والخمسين ومائة من الجزء الخامس مرّ. وكلام ابن ناجي المذكور في أول الجواب عن الفصل الثاني وقع متصلا بكلامه الأول في قول شهاداتها المذكورة وسؤال الشيخ ابن قارة. وجوابه للشيخ الرصاع عندي وهو الآن تحت يدي ونقلته في الورقة الرابعة والخمسين ومائة من الجزء الخامس وكرّرته في الورقة الخامسة والتسعين ومائة منه.

وقاعدة « المعدوم شرعًا كالمعدوم حسًا » وقعتْ في الورقة التاسعة عشرة من الجزء الثاني مرّ. وقول ابن القاسم [32 ب] -رضي الله تعالى عنه- ببطلان الشهادة كتْمها عن صاحب الحق قولاً مطلقا من غير تقييد وقع في المانع الخامس من الشامل وفي الورقة الثمانين من التبصرة وفي الباب الحادي والخمسين منها.

وقولي: والشيخ ابن عرفة الأول ذكر نقله المذكور في المانع السادس من شهاداته، والثاني ذكر نقله في تاسعة شهادات كبيره حيث تكلّم على المسألة. والمراد بالقاضي في قولي قال القاضي هذا تفسير لقول ابن القاسم هو القاضي ابن رشد -رحمه الله تعالى-.

وما وقع في مختصر النهاية المراد به ذكر عذر النسيان من الشاهد في حق الآدمي ذكر ذلك في الورقة الثانية من غصبه لكنه ذكره غير معزو كما قلناه في أصل الجواب. وذكرته بالاستتباع في بحث الحيازة من برنامج الشوارد وتهمة الشاهد على إزالة نقص هي عبارة الشامل في المانع الرابع ومانع الحرص على قبول الشهادة مذكور في شهادات المختصر وفي المانع السادس من الشامل وذكره الشيخ ابن عرفة في أثناء المانع. [1]

وقول الشيخ الوانوغي مذكور في لفظة حاشيته ونقلتُه مع غيره في الورقة التاسعة والتسعين من الجزء الرابع ومعه نقل الذخيرة. وأما نقل ابن ناجي أعني عزْوه إياه لابن القاسم فوقع في الورقة السادسة والأربعين من شهادات كبيره واختيار بعض الشيوخ عدم البطلان بترك القيام بالشهادة زمانا في حق الله تعالى وقع في سؤال وجواب عنه للقاضي أبي الوليد بن رشد -رحمه الله تعالى- وهو مرادي ببعض الشيوخ. وقع له ذلك في الورقة السادسة والأربعين من أقضية البرزلي. وقولي: هو ما تقرر من أوكدية حق الله تعالى كون حق الله تعالى آكَدُ مِن حق العبد. صرّح به الشيخ ابن ناجي في ثالثة الجعل والإجارة من كبيره. وصرّح به الشيخ الوانوغي في أول البيوع الفاسدة من حاشيته قائلا: بدليل ما وقع في سرقة المدونة وفي الورقة الثانية عشرة من الرجم من كبير ابن ناجي ما نصه حق الله آكَدُ من حق الآدمي لقولها في من سرق وقَطَع يمين رجل عمْدًا يقطع للسرقة ويسقط القصاص، انتهى. وصرح أيضا بأنّ حق الله آكَدُ في رابعة حمالة كبيره والخصوصية في الأصل وفي الفرع مانعة من القياس. اعرف بحث الفرق من مسالك العلة من جمع الجوامع وغيره

1) بياض بمقدار كلمتين في الأصل.

ومصدوق الزمان عام واحد مذكور في باب الأيمان من المختصر والشامل وغيرهما في من حلف لا يكلم فلانًا زمانًا أو حينًا.

قولي: ولا يعذر بالجهل الخ هو جواب عن سؤال يَرِد وهو جليّ من اللفظ فلا نطيل بذكره وتقديره والاتفاق الذي عَزَوْتُه للمقدمات في عدم العذر بالجهل، هو واقع في السادسة والأربعين من أقضية البرزلي وزاد عن شهاداتها نقل قولين في ذلك بالعذر به وعدمه ونقلتُ ذلك في المانع الخامس من شهادات البرنامج. والله تعالى أعلم، وبه التوفيق سبحانه.

الحمد للّه سألني أحمد بن عمر الطيبي الجرْبي نائبا عن يحيي المذكور بعدُ، في أوائل صفر الخير عام 1001 [هـ / أواسط نوفمبر 1592 م] عن نسخة رسم استرعاء بمحوَّل [33 أ] رسم تقييد مضمون التقييد أن عبد العزيز بن مسعود الجربي قال: إن له بذمة يحيى بن ساسي الجربي خمسة دنانير نواصر على يدي التاجر أحمد التركي، وسبعة وعشرين ناصرية على يدي صهره سليمان، وثلاثة دنانير نواصر وتسعة عشر ناصرية من غير واسطة. وأجاب يحيى المسؤول عن ذلك بالإنكار. نص وثيقة الاسترعاء بمحوّل التقييد المذكور بعد حَمْدَلتها: يعرف شهوده عبد العزيز الجربي ويحيى بن ساسي الجربي وهما السائل والمسؤول المذكوران بمحوله معرفة صحيحة تامة، ويشهدون بأنهم حضروا بينهما موطنًا منذ مدة تقرب من ثمانية أشهر فارطة عن تاريخه وهما بالحالة الجائزة شرعًا أعطى في الموطن المذكور عبد العزيز المذكور ليحيى المذكور الخمسة الدنانير المذكورة مع السبعة وعشرين ناصرية المذكورة بمحوله على وجه السلف فقبضه منه يحيى المذكور على ذلك في الموطن المذكور ولم يزل جميع ذلك بذمته إلى الآن.

فمن حضر بينهما الموطن المذكور في التاريخ المذكور كيف ذكر وعايَنَ قبْض يحيى المذكور من عبد العزيز المذكور جميع الدراهم المذكورة على الوجه المذكور بالموطن المذكور، وهما بالحالة الموصوفة، وما عَلِم لذلك رافعًا ولا ناسخًا ولابراءة ذمة يحيى من ذلك بوجه من الوجوه إلى الآن، قيَّد بذلك شهادته هنا سادس عشر محرم الحرام عام واحد وألف [1001 هـ / 24 أكتوبر 1592 م] أبو العباس أحمد بن حسن التركي والشاب سليمان بن علي الجبالي. وعلى اسم الأول علامة الأداء مثالها: شهد بالخمسة دنانير المذكورة. وعلى اسم الثاني شهد بالسبعة وعشرين ناصرية.

ويتلو ذلك رسم العمل، وتحته السؤال بعد افتتاحه: جوابكم بعد تأملكم من نسخة التقييد ورسم الاسترعاء المذكورتين أعلاه والحالة أن عبد العزيز السائل المذكور قيّد في التقييد أن الخمسة الدنانير نواصر على يدي أحمد التركي والسبعة وعشرين ناصرية علي يد سليمان المذكور، ثم بعد ذلك شهدَا في رسم الاسترعاء المذكور، فهل لا تفيده شهادتهما لاعتراف السائل أن ذلك على يدي الشاهدين فصار ذلك شهادة على تمام فعلهما أم لا؟ جوابكم تؤجرون، والسلام.

فأجبتُ بما نصه: وعليكم السلام ورحمة تعالى وبركاته. الحمد الله، تصفّحتُ مضمون التقييد والنسخة المسطورين أعلاه. وإذا كان الأمر كما ذكر فهذه الشهادة من الرجليْن المذكوريْن لا تفيد عبد العزيز شيئًا لأن دعواه تضمّنْت أنّ دفعه على يديْهما فصارتْ شهادتهما على فعل أنفسهما وذلك قادحٌ في شهادتهما، ولأن شهادتهما تجرُّ نفعا إلى نفسيهما لتضمّنها براءتهما مما قد حصل في أيديهما على دعوى المشهود له. وفي شهادتهما قادح ثالث أضربْنا عنه اكتفاءً بالقادحيْن المذكوريْن اللذيْن أشار إليهما السائل في السؤال، وعلى هذا فلا يُقضى على يحيى بشهادتهما. والله تعالى أعلم، وبه التوفيق.

قولي: فصارت شهادةً على فعل أنفسهما، وقع في أواخر الأيمان بالطلاق من المدونة في مَن شهِدَا على رجل أنه أمرهما أن يُنكحاه أو بيتاعا له وهو منكر، قال لا تجوز شهادتهما [33 ب] لأنهما خصمان ونظَّرها الشيخ المغربي -رحمه الله تعالى- في صغيره بمسألة النكاح الأول في باب النكاح بغير بيّنة، إذا شهد الأب وأجنبي على توكيل ابنته الثيّب بأن يعقد نكاحها من فلان وأنكرتْ قال: لا تجوز شهادة الأب لأنه شهد على فعل نفسه والأجنبي لا يتمّ به نصابٌ لانفراده. وفي الورقة الموفاة خمسين من نكاح البرزلي عن جواب اللخمي وعن الطرر، وذيّل عليها البرزلي بشهادة الخاطب والسمسار والقاسم والمشرف والوصي، وشرط في السمسار كون أجره لا يختلف بكثرة الثمن وقلّته وأن يفوت الفسخ. أما إذا اختلف الإجراء ولم يفت الفسخ فلا تجوز شهادته لأنه يتّهم على إمضاء البيع.

وفي قسمة الشامل ما نصه: وشهادة القاسم على فعل نفسه لا تُقْبَل وفي شهادات المختصر: ولا إن شهد باستحقاق وقال: أنا بعتُه له، وهذه في ثامنة عيوب البرزلي في من شهد لِرجل في ثوب أنه له وأنه باعه منه، قال: لا تجوز شهادته لأنه لا يثبت ملك الرجل إلاّ بملك الشاهد ولم يثبت ملك الشاهد إلاّ بقوله. فاعرفه فيه فهذا كله نمط واحد وإن تنوّع تعليل المنع فمع كل نوع يتمَعْنَى المعنى الآخر فتدبّر ذلك.

وقولي: لتضمّنها براءتهما مما قد حصل في أيديهما هذا الذي جَزَمْتُ به وهو أن قوله على أيديهما معناه أنهما باشرا القبض من عبد العزيز وباشَرَا الدفع ليحيى وأنهما واسطة في ذلك حتى تكون شهادتهما تضمّنتْ براءتهما مما قد حصل في أيديهما وتضمنتْ شهادتهما على فعل أنفسهما. دليلي عليه قوله في الفصل الثالث من التقييد: وثلاثة دنانير وتسعة عشر ناصرية من غير واسطة فتدبّره فصار بسبب هذا اللفظ أحمد

التركي واسطة في قبض الخمسة الدنانير منه وسليمان واسطة في قبض السبعة وعشرين ناصرية منه لقوله خمسة دنانير على يد أحمد التركي وسبعة عشر ناصرية على يد سليمان، فاعرف ذلك.

والقادح الثالث هو كون عبد العزيز أكذب شاهديْه وبيان ذلك أنه لما أن شهدتْ بينته أنه أعطى ليحيى الدراهم المذكورة وعاينا قبض يحيى المذكور إياها صار مكذّبا لهما بقوله في تقييده: إنّ دفْعه للدراهم على أيديهما. ثم إن نظرت إلى قول الشاهديْن: ولم يزل جميع ذلك بذمته إلى الآن كان ذلك قادحا رابعا وهو الشهادة على البتّ في النفي. والله تعالى أعلم، وبه التوفيق.

الحمد لله، سألني عبد الله عرف المحروق المشرقي من باب المنارة للخالتين سليمة وخادم الله المذكورتين بعد في أوائل صفر الخير عام. [1] عن نسختيْن ثنتيْن الأولى من رسم الاسترعاء بعد افتتاحه: يَعرف شهوده رمضان بن رمضان الغربي المنستيري معرفةً صحيحة تامة، ويشهدون بأنهم سمعوا منه اعترافه وهو بالحالة الجائزة شرعًا ببلد بليرمو[2] من أرض النصارى -دمرهم الله تعالى- منذ ثمانية وعشرين عاما أنّ بذمته لخالتيْه سليمة وخادم الله وعلى يديْ القائد محمد بو سلامة اثنتين وخمسين أوقية فضة كل أوقية ثلاثون [3] دفعتا جميع المال عنه في فدائه [34 أ] من أيدي النصاري -دمّرهم الله تعالى- وأذِن لهما في بيْع ربعه الذي ببلد المنستير إلى أن تقبضا مالهما المذكور مِن ثمنِه. فمن سمع من رمضان المذكور ما نُسِب إليه فيه ولم يعلم براءته من المال المذكور إلى الآن وحضروا أيضا لدفع

1) ورد الرقم المحدد للسنة غير واضح في الأصل.
2) مدينة كبيرة من جزيرة صقلية.
3) كلمة غير مقروءة بالأصل.

المرأتيْن المذكورتيْن جميع المال المذكور في فداء رمضان المذكور بإذنه لهما في ذلك شهدَ بذلك هنا أواسط رمضان عام ألف [1000 هـ / أواخر جوان 1592] وبأن رمضان المذكور التزم بدفع المال لخالتيْه المذكورتيْن بالحلول فلان فلان وفلان وفلان ويتلو ذلك رسم الاعتراف. العمل بشهادة عدليْن من عدول تونس.

والثانية من رسم استرعاء أيضا بعد افتتاحه: شهوده يشهدون بمعرفة لطيفة بنت القائد المنستيري معرفة تامة ويشهدون بأنها كانت في متقدّم التاريخ لمدّة تقرب من ثلاثين عاما فارطة عن أمد التاريخ بأرض الحرب -دمّرهم الله تعالى- وافْتدت ولدها رمضان بن رمضان الغربي من يد عدو الدين النصارى، ودفعت عنه للنصراني في فدائه بمحضر شهوده مائة دينار كُرُونَة عينا ذهبا من مالها ومتاعها بحيث لم يشاركها فيه أحد من خلق الله تعالى، على أن يخرج به من الأرض المذكورة لأرض الإسلام. يُقرّ لله تعالى بالوحدانية ولرسوله -صلى الله عليه وسلم- بالتبليغ. ثم بعد فدائها إياه ودفع والِدَتُه عنه العدد المذكور فرَّ عنها ودخل في دين النصرانية وأنكر الدين الشريف، نعوذ بالله تعالى من ذلك. فمن عرف مَنْ ذُكر وحضر لفداء رمضان المذكور وما علم له براءة من المائة كرونة التي دَفعتْ عنه والِدَتُه المذكورة بوجهٍ من الوجوه إلى الآن. وأنه كان حين افتدته مسلمًا قيَّد بذلك شهادته هنا بتاريخ أواخر ذي الحجة كمال الألف [1000 هـ / أوائل أكتوبر 1592 م] فلان وفلان وفلان وفلان وفلان.

ويتلو ذلك رسم العمل بشهادة عدلين من عدول المنستير مرفوع عليهما بتونس. السؤال بعد افتتاحه: جوابكم -كان الله لكم- بعد تأملكم من نسخة الوثيقتين المنسوختين أعلاه. وقد قام وارث لطيفة الأم بعد موتها بالوثيقة الثانية يطلب المائة كرونة مِن ثمن رَبْع وَلَدِها، فدافعت

الخالتان المذكورتان الوارث المذكور بالوثيقة المنسوخة أولا أعلاه وطلبتا الاثنتين والخمسين أوقية فضة المذكورة من أثمان ربعه للإذن والالتزام المذكورين في وثيقتهما. فهل يُقْضَى بالوثيقة المنسوخة أولاً للخالتيْن المذكورتيْن ولا يقضى بالأولى لوارث الأم؟ أو يقضى لوارث الأم ولا يقضي للخالتين؟ جوابكم شافيًا تؤجرون والسلام. والأم لم تُشْهِد قبل فدائه أنها تَتْبَعه.

فأجبتُ بما نصّه: وعليكم السلام ورحمة الله تعالى وبركاته. الحمد لله، تصفّحتُ النسختين والسؤال المذكور فوق هذا، وإذا كان الأمر على ما وُصِفَ فاعلم أنه إنما يُقْضى بوثيقة الخالتيْن المنسوخة أولاً لاشتمالها على شرط لزوم المال على المنصوص إذا أسقط الإعذار في الوثيقة مَن يجب له. ولا يُقضى بوثيقة الأم المنسوخة ثانيا لِخُلوها عن شرط اللزوم عملا بالمنصوص المذكور، وبما نقله الشيخ أبو الوليد الباجي عن المذهب، ولعدم إشهادها المذكور. والله تعالى أعلم، وبه التوفيق.

تذييل، قولي: فاعلم أنه إنما [يُحكم][1] [34 ب] بوثيقة الخالتين المنسوخة لاشتمالها على شرط لزوم المال المنصوص. أردتُ بالشرط إذْن المُفْدَى والتزامه قضاء مال الفدْيَه المدفوع عنه الواقع كلاهما في وثيقة الخالتين بقول شهودها، وحضروا أيضا لدفع المرأتين المذكورتين جميع المال المذكور في فداء رمضان المذكور بإذنه لهما في ذلك، وأنّ رمضان التزم بدفع المال لخالتيْه المذكورتين بالحلول. فهذا الفداء وقع من قريبتيْن للمُفْدَى وهما محرم منه لأنهما خالتاه.

وشرط رجوع الفداء على المفدى إذا كان الجد أقْرب محْرمًا أن يأمره بالفداء أو يلتزم له أداءه. وإن فقد الشرطان ففداؤه مَجّان لا يتبعه

1) إضافة يقتضيها معنى الجملة.

به، وهذا الشرط موجود في وثيقة الخالتين لتضمُّنِها إذنه لهما في فدائه والتزامها دفع مال الفدية لهما بالحلول. ولنجْلِب النقل في الشرط المذكور فنقول: قال في رابعة جهاد الشامل ما نصه: ورجع فادٍ على أجنبي مكلف وقريب ليس بمحرم بمثل ما فدى أو قيمته إن قُوِّم، وإن بلا إذنٍ وقيل بالأول إن أمكن بدونه ومجانًا إن رُجي خلاصُه دون شيء. كأن كان مَحْرَمًا على المنصوص، إلاّ أن يأمره ملتزمًا، انتهى. وكلٌّ من الأم ومن الخالتين قريب ذو محرم من الفداء لكن الولد المُفْدَى قد أَمَر الخالتيْن يُعَدَّ أنه ملتزَم لهما قضاء مال الفدية، ولم يأمر الأم ولم يلتزم لها الأداء، لأن وثيقتها خلتْ عن ذلك ووثيقة الخالتين تضمّنَتْه. فلو قامت للأم بينة أخرى به وثَبَتتْ الثبوت الشرعي لَنظِرَ بينها وبين وثيقة الخالتين المذكورة بالتعادل والترجيح، فاعرف ذلك.

وللشيخ ابن ناجي -رحمه الله تعالى- في ثامنة جهاد كبيره في قولها ومن فدى أحدًا من أيدي العدو بغير أمره فله اتباعه بما فَدَاه به على ما أحبّ أم كره ما نصَّه الباجي: القريب غير ذي محرم كالأجنبي في اتباعه بفدائه. ابن رشد: اتفاقا وأما ذو محرم لا يعتق عليه فإن كان بأمره اتبعه به وإن لم يكن بأمره فأربعة أقوال: قيل: يتبعه جهله الفادي أم لا، كانا يتوارثانِ أم لا، وقيل: لا يتبعه، وقيل: يتبعه إن جهله الفادي وإلا فلا، نقله الباجي عن سحنون ونقله ابن زرقون عن نقل ابن حبيب عن مالك وأصحابه، وقيل: يرجع عليه إن لم يتوارثا وإلاّ فلا. وذكر أن الأول والثاني والرابع بالتخريج. ثم قال: وأما ذو محرم يعتق عليه فإن كان بأمره اتّبعه. وحكى ابن الحاجب قولا ثانيا بعدم الرجوع عليه ولا أعرفه، بل نقل الباجي الإجماع على اتباعه، واختُلف إن كان بغير أمره على أربعة أقوال أيضا فقيل: يتبعه أخذه ابن زرقون من قول المغيرة يتبعه في الكتابة، وقيل: لا يتبعه نقله الباجي عن المذهب، وقيل:

يتبعه إن لم يعلم به قاله سحنون محتجًا بأن الفداء ليس ملكًا وإلاّ فسخ نكاح الزوجة بالفداء، وقيل: إن لم يعلم به لم يتبعه وإن علمه تخرج على لزوم الثواب بينهما ونفيه. قاله اللخمي محتجًا بأنه قصد الشراء والملك، وردَّه شيخنا ابن عرفة باحتجاج سحنون وبامتناع الملك فيه ويدل عليه قول يحيى بن سعيد الآتي في المدونة. اللخمي: لو أشهد قبل فدائه باتباعه تبعه اتفاقا إلاّ أن يكون الأب المفدى [35 أ] فقيرًا فلأنه مجبور على فدائه لأن فداءه آكّدُ مِن نفقته، اعرف بقيته فيه.

قلت: والذي يعتقُ على من ملكه من القرابة هو ما قاله في باب العتق من الشامل وعتق عليه أُصُوله وإن عَلَوْا أو فصوله وإن سَفلوا وإخوته من كل جهة بنفس الملك دون حكم على المشهور. تنبيه، كلام العلماء هنا في فدية القريب المَحْرم يقتضي أن حكم هذا الموضع وهو فدية القريب المَحْرم مخالفٌ لغيره فما يدفعه أحدٌ عن أحدٍ من الحقوق اللازمة لأن المقرّر في بحث الإيصال من آخر باب الإجارة من مختصر الشيخ ابن الحاجب والشامل ومختصر الشيخ ابن عرفة -رحمهم الله تعالى- أنّ من أدّى عن رجل حقًا لازما ولم يقصد إعانته وضرره بطلبه لعداوته إياه فله اتباعه بما أدَّى عنه وإن بدون إذنه وأمره كفدية الأجنبي. اعرف البحث في الكتب المذكورة واعرف ما في مديان المدونة وحمالتها، واعرف ذلك كله في الورقة الثامنة والأربعين من الجزء الخامس مرّ.

قولي: لاشتمالها على شرط لزوم المال على المنصوص، أشرْتُ به إلى قول الشامل كأنْ كانَ مَحْرما على المنصوص إلاّ أن يأمره ملتزمًا فهو تشْبيهٌ في فرع المَجاز وهو الذي لا يعطى عنه عوض، أي كأنْ كان المُفْدَى قريبًا مَحْرما أي ففديته مجّانًا أي لا يعطي عنها عوضا إلاّ أن يأمر المفدَى مفديه بفدائه إياه ويلتزم له القضاء بما يفديه به فتكون حينئذ الفدية لازمة للمفدَى أو يرجع بها عليه فَادِيهِ القريب المَحْرم منه.

فهذا الشرط الواقع بعد أداة الاستثناء حاصل في وثيقة الخالتيْن وخلت منه وثيقة الأم.

وقولي: ولا يقضى بوثيقة الأم المنسوخة ثانيا لخلوِّها عن شرط اللزوم عملاً بالمنصوص المذكور. الأم كالخالتين في أنَّ كلا منها ومنهما من نوع القريب المَحْرم من المفدى في هذا الاعتبار لا يرجع أحد منهن بما دفع في فديه قريبهن المَحْرم إلاّ بالشرط المذكور، وهو أمْر المفدى بذلك ملتزما. وهذا الشرط قد خلت منه وثيقة الأم فلا يلزم الولد المفدى بوثيقة الأم المذكورة قضاء لخلوها عن شرط اللزوم على المنصوص المذكور في كلام الشامل.

وقولي: وبما نقله الشيخ أبو الوليد الباجي على المذهب، هذا توجيه وسَنَد لعدم القضاء بوثيقة الأم وهو معطوف على الجار والمجرور قَبْله وهو بالمنصوص والعامل فيهما أعني المعطوف عليه والمعطوف هو عملا. وأشرتُ به إلى قول الشيخ ابن ناجي: وأما ذو مَحْرم يعتق عليه فإن كان بأمره اتبعه إجماعا، وإن كان بغير أمره فلا يتبعه، نقلَه الباجي عن المذهب. وهذه الأم لم تتضمن وثيقتها أمر ولدها إياها بفدائه فيتفق على عدم اتباعها بما فدتْه به منصوص الشامل، والمذهب في نقل الشيخ الباجي، فاعرف ذلك. وعلى ما قررناه وثيقة الأم ساقطة الاعتبار لا تصلح لمعارضة وثيقة الخالتين لأنها غير صحيحة في نفسها في لزوم المال بها.

وقولي: ولعدم إشهادها المذكور أي إشهاد الأم. والإشهاد المذكور هو المذكور في خاتمة السؤال بقول السائل والأم لم تُشْهِد قبل وفاتها أنها تتبعه وهذه علة وسَنَدٌ ثالث لسقوط مال الأم لأنها لو أشهدتْ قبل فدائها الشهود أنها تتبعه بما تفديه كانَ [35 ب] لها اتّباعه اتفاقا حسبما

مرّ نقله في كلام الشيخ ابن ناجي عن الأستاذ اللخمي. فلو ظهرت لها بينة شهدتْ لها أنها قبل وقوع الفدية أنها أشهدتهم بأنها تتبعه لكان المال لازما للابن المفدى، غير أن الوثيقتين تتعارضان فينظر بينهما بالتعادل والتراجيح.

وفي النازلة وجهٌ ثانٍ يقتضي ترجيح وثيقة الخالتين وإهمال وثيقة الأم وهو أنَّ وثيقة الخالتين تاريخها معيّن في قول شهودها منذ ثمانية وعشرين عاما ووثيقة الأم تاريخها مُجْمَل في قولهم لمدة تقرب من ثلاثين عامًا وبيان إجماله أنه يتناول ما فوق الثلاثين وما تحت الثلاثين، وما تحتها يحتمل أن يكون فوق الثمانية وعشرين وأن يكون تحتها. فعلى الاحتمال الأول وهو ما فوق الثلاثين تكون الوثيقة معه صحيحة راجحة على وثيقة الخالتين المؤرخة بالثمانية وعشرين لصيرورتها متقدّمة التاريخ، لأن القاعدة أن المتقدمة التاريخ أعمل إلاّ لوجوه مذكورة في الورقة السابعة عشرة من مديان البرزلي عن جواب اللخمي. واعرف في ذلك جواب ابن رشد في الورقة الخامسة والأربعين من أقضية البرزلي وتذييل الشيخ البرزلي عليه تذييلا مفيدًا جدًا وجواب أصبغ بن محمد عن ذلك وجواب ابن الحاج في الورقة الحادية والسبعين من دعاويه في مسألة تعارض بيّنتيْ المقوم عليه والقائم في ملك فدان.

وكل هذه الأماكن وقعت الإشارة إليها في الورقة الخامسة ومائة من الجزء الرابع مرّ. ومثل هذا الاحتمال احتمال ما فوق الثمانية وعشرين وتحت الثلاثين. وأما احتمال ما تحت الثمانية وعشرين وهو ثالث الاحتمالات فيه تصير وثيقة الأم باطلة ووثيقة الخالتين بالثمانية وعشرين هي المتقدمة التاريخ فتكون أَعْمل، وعند هذه الاحتمالات في وثيقة الأم يصير حكمها البطلان لأن القاعدة أنّ « العقد المحتمل للصحة والبطلان يُحْمَل على البطلان » على المشهور، وهو قول ابن القاسم.

قاله الشيخ ابن عرفة -رحمه الله تعالى- في سادسة قراضِه والوانوغي في ثانية غرَره، واعرفه في الورقة الأربعين من الجزء السادس مرّ وفي الورقة السابعة والسبعين من الخامس مرّ وفي الورقة الحادية والعشرين من الرابع ولفظهما العقد المحتمل للصحة والفساد لكن وقع في جمع الجوامع وغيره أن البطلان هو الفساد. على أن الوثيقة المذكورة بمجرد احتمالها المذكور لا يقضى بها لاحتمالها حسبما وقع في خامسة شهادات الوانوغي أنه لا يقضى بالمحتمل والاحتمال المذكور وثيقة الأم بوجوهه الثلاثة المذكورة إنما ثار من قول وثيقتها تقرب من كذا. أما لو انفردت وثيقة الأم وتجرّدت عن معارض لكان الاحتمال الحاصل في تاريخها المذكور غير قادح سواء كان احتمالا للفوقية على الثلاثين أو احتمالا للتحتية عنها، لأنها حينئذ في مقاربة الثلاثين لا معارض لها فيها.

وأما عند وقوع المعارض كما هنا فلا بدّ من النظر بين المتعارضيْن في الترجيح بوجوه الترجيح [36 أ] كما قد قررناه، فقد نظرنا في ذلك فأدانا النظر إلى أن إحدى الوثيقتيْن المتعارضتيْن وهي وثيقة الخالتيْن معيّنة التاريخ والأخرى وهي وثيقة الأم مُجْملة التاريخ محتملة في سابقٍ ولاحقٍ ومساوٍ فوجب إهمال هذه المحتمل وإعمال تلك الخَلِيّة عن الاحتمال، فاعرف ذلك. والله تعالى أعلم، وبه التوفيق.

الحمد لله، سألني بلهادي ابن المرابط محمد بن بلهادي العَطَلِّي من القيروان في أواسط صفر الخير عام [1] عن مسألة له وهي رجل طلب من زوجته أن تسلفه شيئا مِن مالها فأبتْ فوَجَدَ في نفسه عليها وجعل ينازعها متى دخل وخرج ويشتمها لأجل ذلك. ثم دخل عليها أخوها فأخبرته ما كان من زوجها، فقال لها أخوها: ما كان برضاك فلا

1) ورد رقم السنة غير واضح الكتابة في النص.

مدخل لي بينكما فيه، وما كان بغير رضاك فلا سبيل له عليك. فدخل الزوج عليهما وهما يتكلمان في شأنه وشأن ما طلب منها فعمد إلى زوجته المذكورة ورَدَسَها برجْله وسبَّها فعند ذلك وقع من أخيها أشدّ الغضب وخرج عنها وقال: بصوم سنة وبما فوق الصوم - كما يقول الناس وجرى في ألسنتهم، وهو الطلاق ثلاثة - إن لم تأتني أختي في هذه الليلة وليلتين بعدها ما بقيت نعرفها ولا تعرفُني ولا نُنْسَب منها ولا تُنسَبُ مني مدة ما بقيتْ في عصمة زوجها هذا. فمنعها زوجها من الخروج حتى مضَتْ تلك الليلة. فهل له مخرج من يمينه أم لا؟ والسلام.

فأجبتُ عنه بما نصه بعد افتتاحه: إذا كان الأمر كما ذكر في السؤال فخروج الحالف من حنث يمينه المذكورة بأن يقْطع أخته المحلوف على قطعها ويرتكب النَّهْي في قطعها فلا يواصلها بوجْهٍ سرًّا ولا جهرًا بشيء من أنواع المواصلة. فإن واصلها بشيء من أنواع المواصلة حِنْث بالصوم وبالثلاث لأجل أنه قصد بالفوقية الثلاث. وفهم الفوقية على الثلاث حسبما صرح به في لفظ يمينه فمؤاخذته بالثلاث لأجل أنه قصدها بلفظ الفوقية مصرّحا بذلك القصد. وأما لمجرد مدلول الفوقية من حيث هي مع قطع النظر عن القصد المصاحب فلا. فهذا جواب قول السائل هل له خروج من يمينه أم لا؟ وإلاّ فأصل الشرع أنّ من حلف على أرتكابه المحرم كحال النازلة حنث عقب حلفه، فإن نجز أو فعل المحرم برّ ولا حنث عليه. والله تعالى أعلم، وبه التوفيق.

تذييل، الحلف على المعصية يوجب تعجيل الحنَث، اعرفه في المثال الرابع من السؤال الثاني والثلاثين من الأحكام للشيخ شهاب الدين -رحمه الله تعالى- واعرف ما في القاعدة السابعة من قواعد الأيمان من ترتيب القواعد والفروق للشيخ المغربي في الورقة الثالثة ومائة منه.

ووقع في كتاب الأمنية في إدراك النية للشيخ الشهاب في الباب العاشر منه في استشكال قول الفقهاء إن النية تقبل الرفض مع أن رفع الواقع مُحَال عقلاً، والشرع لا يَرِدُ بخلاف العقل.

وأورد على [36 ب] نفسه نظائر عشرة في كلام أهل المذهب تقتضي رفع الواقع. وأجاب عنها كلّها حتى قال في آخرها: عاشِرُها إذا حلف بالطلاق أو غيره ليشربنَّ خمرًا أو يفعل محرَّمًا. قال أصحابنا: يحنث عقيب حلفه لأن «المعدوم شرعًا كالمعدوم حسا» فهو مَن حلف لَيَصُومَنَّ اليوم فلم يصمْ، فإن تجرأ وفعل المحرّم برَّ ولم يلزمه طلاق ولا كفارة ولا شيء مما كان يلزمه مما حلف به، فنفرض أنا أفتيناه بالحنث ولزوم الطلاق فاعتدَّتْ امرأته فتزوجت وولدتْ الأولاد ثم فعل الحالف ذلك المحرم فإنا نقضي ببِرّه بناءً على ظاهر النقل عن المذهب وتحلّ له امرأته بغير عقد جديد فهذا الحل اللاحق إن أثبتنا معه الحرمة السابقة والحل للأزواج. فقد اجتمع الضدَّان الحلّ والحرمة وإن رفعنا الحرمة السابقة فقد رفعنا الحكم بعد وقوعه، ويلزمنا أن نقضي بتحريم وطء الزوج الثاني وأنه لم يكن العقد عليها مباحًا له. ويتجه القول في الحدّ والأولاد هل ثَمَّ شبهة تُسقط الحدّ وتُلحق النسب أو لا؟ فإنه إذا فعل المحرّم بقيتْ العصمة عند الأصحاب لم يتشعّب منها شيء. ولم يحصل فيها وصمة البتّة. ومقتضى هذا الحد وسقوط النسب ومقتضى أنّا أفتيناه بإباحة العقد عليها عدم الحد ولحقوق النسب. فتبقى هذه المسألة مشكلة من وجوه من جهة رفع الواقع وغيره. وهذه المسائل كثيرة وفي استقرائها إطالة ولنقتصر على هذا القدر منها.

ثم قال الشيخ شهاب الدين -رحمه الله تعالى-: والجواب عن العاشر من النظائر أن الحالف بالطلاق ونحوه إذا فعل المحرّم المحلوف عليه حينئذ يقدر ثبوت المرأة متقدما وإن كان سبب برّه متأخرا، لاسيما

والتحريم عليه والحنث السابق إنما كان تقديريًا لا حقيقيًا لأنا قدَّرْنا قدْرَتَه على الفعل معدومة للنهي الشرعي. فتحنيثه والتحريم عليه إنما هو أمر تقديري. فأمكن أن يقدّر بعد ذلك نقيضه. فإنا إذا قدّرنا أحد النقيضين مع ثبوت النقيض الآخر ثبوتا محقّقًا كما تقدم في النظائر فأوْلى جواز تقديم النقيض مع النقيض المقدّر، وعلى هذا التقدير ينبغي أن تُرَدَّ له امرأته ويسقط الحدّ عن الزوج الثاني لأن وطْأه كان مُباحًا إباحة تقديرية ويترتب على عقده جميع آثار العقد الكامل، وتعود للزوج فتكون معه كغير الحالف البتّة. هذا مقتضى الفقه. ولم أر هذا التفريع منقولاً ولا ما يمنعه فتأمَّلْه.

الحمد لله، سأل عطية ابن الحاج سالم عُرف بابن الجربيّة من باب السويقة مصاب بالعَيْن اليمنى في أوائل شهر ربيع الأول عام واحد وألف [1001 هـ / أواسط ديسمبر 1592 م] لرجل بدوي من أصحابه، عن مسألة رجل سافر في البرّ فوجد رجلاً يرعى غنمًا فمرّ به وتعدّاه بمقدار أربعة أميال فخرج عليه لصوص فأخذوه فرجع إلى الراعي وحبسه وطلب منه أن يريه اللصوص المذكورين، فأتى أخو الراعي المذكور ليخاصم على أخيه فأمسكه أيضا وقال له أنت مِن اللصوص. فهل يصحّ له ذلك أم لا؟ والحالة أنه اتهم أوّلاً الراعي وبعد ذلك اتّهم أخاه الذي أتى يخاصم عن أخيه. والسلام.

[37 أ] فأجاب الحاج سالم بما نصّه بعد افتتاحه: إذا كان الأمر كما ذُكر فلا يلزم المدعى عليه غير اليمين. والله تعالى أعلم. وكتبتُ تلوه ما نصه: الحمد لله، ما أجاب به الشيخ المفتي أعلاه صحيح وبمثله أجيب. والله تعالى أعلم، وبه التوفيق.

الحمد لله، سأل بوسلامة الحجيّج شيخ بنزرت الآن في أوائل شهر ربيع الأول المذكور أعلاه عن مسألة رجل حُكِم بقتله، فعند إرادة قتله

ادّعى على رجل بمالٍ له بال أنه بيده على وجه الأمانة، والحالة أنه معلوم الفقر بحيث إنّ وجود مدّعاه مستبعَد في العادة. وأنكر المدَّعى عليه الدعوى المذكورة ولم تقم بيّنة على الدعوى المذكورة فهل على المدَّعَى عليه يمين؟ وإذا قلتم بلزوم اليمين وحلف اليمين بحكم الحاكم، فهل عليه شيء عدا ذلك أم لا؟. جوابكم تؤجرون، والسلام.

أجاب الفقيه علي عبيد بما نصه بعد افتتاحه: إذا كان الأمر كما ذكر فلا شيء على المدعى عليه عدا اليمين سواء كانت الدعوى مستبعدة أم لا، وإذا حلّفه الحاكم بعد تعجيز الورثة فلا قيام لهم بعد ذلك. والله تعالى أعلم، وبه التوفيق.

وتحته عطف الفقيه محمد قشور ونصّه: الحمد لله، ما أجاب به الشيخ المفتى أعلاه -حفظه الله تعالى- صحيح وبمثله أُجِيبُ بنص قوله -صلى الله عليه وسلم تسليما- (البينة على المدّعي واليمين على مَن أنكر) فلا يُقبل قول المدّعي بلا بينة إجماعًا. وعطف عليه الفقيه أحمد المسراتي بما نصّه: الحمد الله، ما أجاب به الشيخ المفتي أعلاه -حفظه الله تعالى- صحيح وبمثله أجيب. والله تعالى أعلم. وبطرة الأول عطْف الحاج سالم ونصّه: الحمد لله، الجواب المقيّد أمامه صحيح وبه أقول. والله تعالى أعلم.

وجاءني صاحبه المذكور من بنزرت بعد أن أجابوه هنالك وسألني العطف والخ، فكتبتُ تلو الأجوبة ما نصّه: الحمد لله، إذا مات المدّعي المذكور ووجّه ورثته اليمين على المدعى عليه المنكر وحلَّفوه كما يجب فقد سقطت الدعوى المذكورة عنه. هذا حكم هذه النازلة. والله تعالى أعلم، وبه التوفيق.

تذييل، إنما لم نعطف بمجرد الموافقة على الأول كما فعلوا لما في جوابه من إيهام. قوله: وإذا حلّفه الحاكم فيُوهِم هذا اللفظ الحاكم

العرفي وذلك لا وجه له في السؤال فيبطل حق الورثة. فإن المحلّف إنما هو الورثة ورثة المدّعي، لأن من مات عن حق فلورثته. وفي الجواب أيضا تعميم حيث قال: سواء كانت الدعوى مستبعدة أم لا، فيوهم هذا أنها إذا لم تكن مستبعدة يُقبَل عنها اليمين ولا يقبل قول مدعيها بناقضٍ. فهذا جوابه في مسألة القاضي كمال حيث جعل الدعوى عليه مقبولةً مع يمين المدّعين لأنها غير مستبعدة لعِلّية للقرائن التي حفّتْ بها.

وقوله سواء كانت مستبعدة أطلقه وحقه التقييد لأن هناك دعاوى لا تتوجه يمين عنها لكونها مستبعدة. اعرفه في النوع الأول من الشرط الخامس من شروط الدعوى في الورقة الخمسين من التبصرة، ومنه في فصل الدعاوى التي لا توجب اليمين في الورقة السادسة والسبعين [37 ب] ومنه المسألة التاسعة والثلاثون من مسائل القرائن في الورقة التاسعة والثمانين ومائة. واعرف ما في الباب الخامس والعشرين مما فيه تصديق المدعى عليه بيمينه. واعرف مواضع خمسة من ذلك في القاعدة الثانية من قواعد الدعاوى في ترتيب القواعد، واعرف المواضع التي يُقبل فيها قول الطالب المدّعي في آخر القسم الثاني في بيان المدعي والمدعى عليه في الورقة التاسعة والأربعين من التبصرة. وإنما لم نعطف على الجميع لتعريض الثاني منهم بالحديث الشريف بعد قصد عمومه فيوهم بقوله البينة على المدعي عمومه حيث لا تمكن البينة، وحيث لا تمكن فيناقض بهذا الإيهام جواب الجماعة الذي أجابوا به في قضية القاضي كمال حيث ادُّعيَ عليه بالرّشا.

وأجيبُ بقبول قولهم عليه دون بينة لأن الحديث محمول على الموضع الذي تمكن فيه البينة ودفع الرشا وقبضها لا تمكن إقامة البينة عليه لتستّر دافعها وقابضها، وقامت بينة بأن ذلك مما يُتَستّر به عادة، حسبما مرّ في الورقة الحادية ومائتين من الجزء السادس مرّ. والمجيب

الثاني منكر على الجماعة في جوابهم خوفًا منه على انسحاب الفتوى المذكورة عليه لكونه إذ ذاك كان نائبا وقام عليه ناسٌ وادعوا عليه أنه أخذ منهم الرّشا. وكان حاول على أن نجيبه بعدم تصديقهم عليه وأنهم تلزمهم العقوبة في ذلك فلم أجد له جوابًا. وسؤاله في ذلك وما استحضرته من جواب وتذييل عليه مذكور في الورقة الثانية والتسعين ومائة من الجزء السادس مَرَّ. وتمسُّك المجيب الثاني بالإجماع لا يُجْديه نفعًا لأن موضع النزاع معه إنما هو حمله على عمومه أو هو مخصوص فهو يدعى عمومه. ونحن نقول مخصوص بالأموال اتفاقا من العلماء.

هكذا أفتى الشيخ ابن الضابط في الورقة الثالثة عشرة من الدماء من البرزلي، ومخصوص أيضا بالموضع الذي تمكن فيه البينة. قاله القاضي إسماعيل وسلّمه القاضي البرهان في أول الفصل الأول من القسم السابع من الركن السادس من التبصرة في الورقة الخامسة والخمسين منها، ومخصوص أيضا بمواضع مذكورة في أول الباب الخامس والعشرين من التبصرة يُقبَل فيها قول المدعي تارة مع يمينه وتارة بدونها. قال: وقبل قوله لرجحانه بالعوائد وبقرائن الأحوال أو لاتّصافه بالأمانة أو بغير ذلك من وجوه الترجيح. وذكر نبذة يسيرة منها إذا ادعى المودَع ردّ الوديعة المقبولة بلا بينة فالقول قوله مع يمينه وهو مدّع وإنما قبل قوله لأن ربها استأمنه، والأمين مصدق، انتهى.

وحاصله: عموم قوله: البينة على المدعي مخصوص بالأموال وبالموضع الذي تمكن فيه البينة وبفقد رجحان قول المدعي بعادة أو قرينة أو بمرجّح ما، فلأجل هذه المخصّصات وخصوصا المخصّص الوسط منها وهو إمكان البينة. قلت في الجواب: هذا حكم هذه النازلة أشرتُ به إلى أن هذا الموضع مما تمكن فيه البينة من الحراثة هنالك. وأهل النَّزَالي من البادية وغيرهم. والتقييد بالموضع الذي تمكن فيه البينة مذكور في الورقة الخامسة والخمسين من التبصرة ومرّ ذلك في

الورقة الحادية [38 أ] ومائتين من الجزء السادس. وموضع الرشا مما لا تمكن فيه البينة عادة فقُبِل فيها قول المدعي وقد قامت بينة بأن العادة التستر بالرشا. وذلك مذكور في الورقة الحادية ومائتين من الجزء السادس، واعرف ملحقة على الورقة الرابعة والثلاثين ومائة من الجزء الخامس. ونقل القاضي البرهان في الباب السبعين في الورقة الثانية منه عن القاضي أبي بكر بن العربي -رحمه الله تعالى-: لا خلاف في الحكم بالقرائن.

الحمد لله، سألني عبد العزيز بن علي بن عمر المبيع له بعد في أوائل شهر ربيع الأول عام واحد وألف [1001 هـ / أواسط ديسمبر 1592 م] عن نسخة رسم بعد افتتاحه: باع عبد العزيز بن عبد الله الصريدي الهواري لولده عمر جميع النصف الشائع من الجنة المشجرة بالتين والزيتون الكائنة ظاهر سوسة وفي جوفها وفي الموضع المعروف بوادي الخروب يحدّها كذا وكذا بجميع ما للمبيع المذكور من الحدود والحقوق والطرق والمتطرقة والسواقي والمساقي وما عُدّ من ذلك ونُسِب إليه قديمًا وحديثا اشتراءً صحيحًا جائزًا ناجزًا منعقدًا منبرمًا عريًا عن وجوه المفاسد كلها دون شرط ولا ثُنْيا ولا خيار ولا على سبيل رهْنٍ ولا تأليج بثمن جملته ومبلغه في المبيع المذكور وسائر حقوقه كما ذكر عشرة دنانير كبيرة قدر كل دينار منها اثنان وثلاثون منتصريًا. اعترف بقبض الثمن المذكور من المبتاع المذكور وأبرأه من قدره براءة تامة. [1] على السنة في ذلك ومرجع الدرك بحيث يجب ويلزم شرعًا. شهد عليه بذلك وهو بحال جائزة وعرفه بتاريخ تقدم منذ أيام. وكتب هنا في غرة رمضان المعظم عام. . . [2] وثلاثين وتسعمائة وبأنه

1) بياض بمقدار كلمتين بالأصل.
2) بياض بمقدار كلمة بالأصل.

باع له مَنَابَهُ في البير الذي هو بينه وبين محمد بن إبراهيم وهو الرابح سلامة بن عبد الرحيم اللواتي القلعي.

السؤال بعد افتتاحه، خط الفقيه عبد اللطيف الكلثومي: جوابكم بعد تأملكم نسخة الرسم الأعلا هل هو صحيح عامل أم لا؟ وذلك أن ورثة البائع يقتسمون السانية المبيع منها النصف المذكور على فرض الإرث ولم يختصّ منها المبيع له ولا وارثه بالنصف المذكور لمدة تزيد على ستين سنة من لدن تاريخ البيع المذكور أعلاه إلى أثناء عام ألف [1000 هـ / 1592 م] قام وارث المبيع له المذكور أعلاه بالرسم المنسوخ أعلاه وادعى عدم العلم بالشراء المذكور. فهل تُقبل دعواه عدم العلم ويكون له القيام الآن بالرسم المذكور بعد قولكم بصحته وفرض إعماله أم لا؟ وإذا قلتهم بقبول دعواه وصحة الرسم فهل طول المدة مسقطة لقيامه أم لا؟ جوابكم والسلام.

فأجبت بما نصه بعد افتتاحه: تصفحتُ نسخة الرسم المسطورة أعلاه ووقفتُ على ما في السؤال. وإذا كان الأمر كما ذكر فالجواب عن الفصل الأول من فَصْلَيْ السؤال وهو دعوى وارث عمر المبيع له عدم علمه بالبيع هو ما قاله الشيخ ابن ناجي في كبيره ونصّه: ظاهر المدونة لو قال المدعي ما علمتُ أنّ لي حقًا إلاّ الآن فإنه لا يُقبَل منه وهو كذلك، وقيل يقبل منه بعد يمينه، ثالثها إن كان وارثا فالثاني وإلاّ فالأول. ثم ذكر رجوعه عمّا لَهُ في شرح الرسالة [38 ب] مما يعارض حمل المدونة وأردف ذلك بقوله: كان شيخنا ابن عرفة يفتي بالقول الأول ثم شاهدتُ فتوى شيخنا أبي مهدي عيسى الغبريني به أيضا حتى في مسألة الوارث، وأردف بفتوى شيخه البرزلي بالقول الثاني وزيّفها. وقد سئل الشيخ الرصاع عن نظير هذا الفرع وذكر له السائل في سؤاله فتوى الشيخيْن ابن عرفة والغبريني وفتوى الشيخ البرزلي فهل العمل على الأول أو على الثاني؟

فأجاب: العمل على ما أفتى به الشيخان -رضي الله تعالى عنهما- انتهى.

والجواب عن هذا الفصل مُغْنٍ عن جواب الفصل الثاني فلا قيام للقائم المذكور برسم البيع المنسوخ. والله تعالى أعلم، وبه التوفيق.

تذييل، اعرف قول القائم ما علمتُ حقّي إلاّ الآن مَرَّ بحثه في الورقة الرابعة والخمسين ومائة من الجزء الخامس. واعرف معه ما في الورقة السادسة والخمسين من أقضيه البرزلي تذييلا على جواب الشيخ الزواوي. واعرف ما في الورقة السابعة والأربعين من المباني اليقينية للشيخ الجد -رحمه الله تعالى- وما بعدها ففيه إيعاب ذلك. وبقي في هذه النازلة وجه آخر يوجب بطلان رسم البيع المذكور وهو كون المبيع لم يصل إليه المبيع له إلى وقت القيام وأنه في يد ورثة عبد العزيز البائع -حسبما قال السائل- وذلك أنّ ورثة البائع يقتسمون، إلى قوله: من لدن تاريخ البيع المذكور إلى أثناء عام ألف [1000 هـ / 1592 م]. وإذا كان الأمر كذلك فالبيع تأليجٌ مع كون ثمن النصف المبيع لم يُقبَض بالمعاينة. اعرف هذا البحث في الورقة الرابعة ومائة من الجزء السادس مرّ، وما في التاسعة والأربعين منه.

وبقي فيها وجه آخر يقتضي بطلان رسم البيع أيضا وهو أنّ عبد العزيز السائل ذكر أن شاهد البيع من أهل القلعة وأهل النازلة من أهل سوسة، وإذا كان الأمر كذلك ففي شهادته الاستبعاد العادي لأن شهادة شهود القرى ومَن هو مِن غير موضع أهل النازلة رِيبة وظِنّةٌ توجب سقوط شهادتهم. اعرف في ذلك قول التبصرة في الورقة الثامنة والثمانين في السبب السابع: الناس غالبًا إنما يقصدون بوثائقهم المعتبرة أعيان الشهود انتهى. فقصد البائع في النازلة شاهد القرية وخروجه من سوسة إليه

وتركه شهود سوسة مما يُخالف غالب العادة المذكورة فيكون مستبعَدًا فيبطل. واعرف ما في.....[1] من كتاب مواهب العرفان للشيخ الجد -رحمه الله تعالى-.

الحمد لله، سألني الحاج أحمد فلفول، شابٌ حائك بالرَّبع، لأقاربِهِ أهل جرادو[2] في أوائل شهر ربيع الأول المذكور، عن مسألة رجلين لكل واحدٍ منهما ابن وبنت صغار لا مال لهم. قال أحدهما: للآخر أعْطِ ابنتك لابني على أن نُعْطي ابنتي لابنك ولا مهر. فوافقه على ذلك ثم دخل كل واحد منهما على أخت الآخر ووَلَدَا الأولاد. ثم بعد مدة مات أحد الزوجين وإحدى الزوجتين فهل يفسخ هذا النكاح أوْ لا؟ وإذا قلتم بفسخه فهل يلزم فيه صداق المثل؟ وإذا قلتم بلزوم صداق المثل فهل على أبويهما [39 أ] لصغرهما وفقْرهما أو على الولدين؟ جوابكم والسلام.

فأجبت عنه بما نصه بعد افتتاحه: إذا كان الأمر كما ذكر فهذا النكاح يُفسخ بطلاق ولو ولدت الأولاد على المشهور. وفيه صداق المثل بالغا ما بَلَغَ اتفاقًا، وهو على الأب لا على الابن. والله تعالى أعلم، وبه التوفيق.

تذييل، قولي فهذا النكاح يُفسَخ بطلاق. وقع في فصل الشغار من الشامل ما نصه: صريح الشغار زوجني ابنتك على أن أزوجك ابنتي ولا مهر. فيفسح بطلاق ولو ولدت الأولاد على المشهور. وثالثها يمضي بالعقد مخرَّجا ولمن بنى بها مهر مثلها ولا شيء لغيرها والأُختَانِ والأَمَتان كذلك. وفيه الموارثة قبل الفسخ، انتهى.

وقولي: وفيه صداق المثل إلى قولي اتفاقا هو ما وقع في فصل الشغار من التوضيح ونصه: ولا خلاف في صورة الصريح أنه إذا حصل

1) بياض بمقدار ثلاث كلمات بالأصل.
2) جرادو : قرية صغيرة في ولاية زغوان قرب قرية حمام الزريبة.

دخول يكون لكل واحدة صداق مثلها بالغا ما بلغ انتهى. وقولي: وهو على الأب لا على الابن الضمير يعود على صداق المثل. وهذا القول أوائل نكاحها الثاني ومنْ زوّج ابنه الصغير ولا مال للابن فالصداق على الأب. ابن ناجي في صغيره: ظاهره بيّن أنه عليه أو على الولد أو سكت وهو كذلك في الأول والثالث بلا خلاف وفي الثاني على المشهور. انتهى موضع الحاجة منه.

قلت: ولا يدخله الخلاف الواقع في فصل الزوج من نكاح الشامل بقوله وصداق الصغير على الأب حيًا وميتًا إن زوّجَهُ فقيرًا ولو شرطه عليه على المشهور، وفُهمتْ على الشاذ، قيل: وبه جرى عمل المتأخرين، انتهى. وكلامه هذا وقع في التوضيح ونصّه المتيطي فهم جماعة المدونة على القول الشاذ أنه على الولد وبه جرى العمل عند الشيوخ. لأنا نقول: النازلة فيها المعنى المقابل لذكر كونه على الأب ولذكر كونه على الابن، وذلك المعنى هو السكوت عمن يكون عليه وهو فرع اتفاق على أنه يكون على الأب وليس فيها ذكر كونه على الابن. والفرع الذي فيه الخلاف وما به عمل المتأخرين هو فرع ما إذا ذكر أنه على الابن حسبما مرّ في كلام الشيخ ابن ناجي فاعرف ذلك. ونظيره في السكوت فرض التفويض الذي أشار إليه في الشامل بقوله: ولا ينتقل على الابن ليُسْره كأن زوّجَه تفويضًا ولم يفرض حتى بلغ. ثم لو فرضنا أن قول السائل ولا مهْر من تمام كلام الرجليْن المتعاقديْن فكونه من كلامهما لا ينقض ما قلناه من كون فرعنا هذا المسؤول عنه غير فرع ذكره على الأب وغير فرع ذكره على الابن، وهذا جلي. وأيضا فالتصريح بتركه أخصّ من سكوته عنه فيكون موضع اتفاق أيضا قطعًا عملا بالقاعدة وهي أن « ما لزم الأعمّ لزم الأخص » فما لزم الأعم هو السكوت عنه من الاتفاق لزم الأخص وهو التصريح بتركه وذلك بخلاف ما لزم الأخص فإنه قد لا يلزم الأعم. والله تعالى أعلم، وبه التوفيق.

ولو سلم أنه من فرع ذكره على الابن حتى يدخله الخلاف بالمشهور والشاذ الذي به عمل المتأخرين فالجواب أنّ العمل مرَّضَه الشيخ بهرام في شامله بقوله قيل: وبه جرى عمل المتأخرين. فقوله: قيل بعد تصريحه [39 ب] بالمشهور تمريض للعمل الذي في مقابله إذ لو لم يرد تمريضه لحكاه بدون لفظ قيل. وقاعدة المؤلفين إذا صدَّروا بقول ولو لم يصرّحوا فيه بالتشهير ثم يذكرون مقولاً بعده ويحكونه بقيل فذلك منهم تمْريضٌ للقول المحكي بها وترجيح للقول المصدّر به. فتأمّل ذلك منصفًا. وقاله ابن راشد ونقله عنه ابن فرحون في كتاب رفع النقاب الحاجب عن مصطلح ابن الحاجب في الورقة الثامنة منه.

الحمد لله، سألني المعظم مامي قائد سوسة مملوك حسين باشا تونس في التاريخ، على يديْ الكاتب عبد الله العبلي في أوائل ربيع الأول المذكور عن نسخة رسم نصّه بعد افتتاحه: الذي يعلمه ويتحقّقه مَن يشهد بعدُ أنّ الملك المعروف بالمرابطين المكرمين المعروفين بالقنطشيين حفَدة الشيخ عبد الله القنطشي الأنصاري بظاهر سوسة وذلك السانية المعروفة بالموضع المعروف بشعبة القفصي ومعرفتها بمالكها تُغني عن تقصّي تحديدها مع الدار الكبرى بداخل سوسة وتعرف قبل بالصبّاغ مع الدار العرصة الآن الموالية لها مِن جوْفيها ويحدّها قبلة وشرقا الآن الفقير عبد الله بن بشير الخيري، مع الدار الثانية بداخل سوسة بغرب معصرة السلطان وحمام البلد الآن، مع الجنة الكائنة قبْلي سوسة والبياض المتصل بها وتعرف بجنة ابن يعلى النفوسي. فكل ما ذُكِر من الرباع استقرت على ملك المرابط محمد ابن سيدي عبد الله المذكور، وأنّ أولاده المذكورين ورثوه بعده كل منهم على حظّه في ما ذكر، لا يختصّ أحد منهم بشيء من ذلك عن أخيه أو ابن عمه إلاّ من أتي ببينةٍ كهبةٍ يختصّ بها أو بيع أو ابتياع من مشاركه ما علم شهوده أنّ

أحدًا مِن ورثته فوَّتَ نصيبه فيه حتى التاريخ. ويعيّن مَن يشهد بعدُ ما ذُكِر من الرباع إن دعي إلى ذلك. وقيّد بذلك شهادته لسائلها منه بتاريخ أواسط صفر الخير عام ثمانين وتسعمائة [980 هـ / أواخر جوان 1572 م] عبد الله بن محمد بشير الخيري وتحت وضعه علامة الأداء بالقلم الحكمي ما نصّه: شهد به.

ويلي ذلك بأسفل الرسم المذكور ما نصّه: الحمد الله وحده، أشهد الشيخ الفقيه القاضي جمال الدين قاضي جميع بلاد الساحل حين التاريخ أنه حكم بمقتضى ما شهد به الشيخ المفتي أبو محمد عبد الله بن بشير في الأعلا حكمًا تامًا، وإذن للفقيه العدل عبد الله بن عمر والفقيه العدل عبد العزيز والمرابط فرج ابن الفقيه محمد والمرابط عبد الله ابن الفقيه فرج بحوز نصيبهم من الرباع المشهود بها في الأعلا وذلك بعد حلفهم اليمين الواجبة عليهم شرعًا. كل ذلك بمجلسه ومحلّ فصل قضائه. وشهد عليه بتاريخ أوائل رمضان عام أربعة وثمانين وتسعمائة [984 هـ / أواخر نوفمبر 1576 م] محمد بن محمد جعفر الهواري ومحمد بن محمد الطيب المدغري عرف نويرة وكلاهما من شهود المنستير. وتحت وضعهما علامة الأداء بالقلم الحكمي ونصّه: شهدا به. وبطرّته ما نصه: ثبت عندي ما فيه وحكمتُ به وأنا جمال الدين القاضي بمدينة سوسة في التاريخ، ويليه مهره. وتحته السؤال نصّه: الحمد لله، جوابكم [40 أ] بعد تأملكم الرسم المقيّد أعلاه هل هو صحيح أم لا؟ والسلام.

فأجبت بما نصه: وعليكم السلام ورحمة الله تعالى وبركاته. الحمد لله، تأمّلتُ نسخة الرسم المسطورة أعلاه. وإذا كان الأمر كما ذكر فالرسم المذكور مختلّ لأن شرط صحته مفقود، وإذا اختلّ الشرط اختل المشروط. قال الشيخ ابن فرحون: لا تجوز الشهادة في استحقاق

الميت حتى يقولوا لا نعلم المشهود له فوَّتَ شيئا منه إلى أن توفي. وعزاه في موضع آخر لمذهب ابن القاسم.

قال الشيخ ابن ناجي في كبيره: كونه شرط صحة في ذلك به الفتوى انتهى. وأنت قد ترى الرسم المذكور خلا عن هذا الشرط في حق المرابط محمد الذي ذكر موته فيبطل الرسم لفقد ذلك منه، والله تعالى أعلم، وبه التوفيق.

تذييلٌ، الكلام الأول للقاضي ابن فرحون -رحمه الله تعالى- وقع في الورقة السادسة والتسعين من تبصرته في ثالثة الفصل الثامن في ما ينبغي للقاضي أن يتنبه له الخ... ونصه: قال ابن العطار: لا تجوز شهادة الشهود في الملك الذي توفي عنه مالكه حتى يقولوا إنهم لا يعلمون المشهود له به فوّتَ شيئا منه إلى آخر إيقاعهم لشهادتهم. وإن شئتَ قلتَ في العقد بعد التحديد وحازوها بالوقوف عليها ولم يخرج عن ملك المتوفى ولا فوّتها بوجه من وجوه التفويت في علمهم إلى أن توفي وأورثه ورثَتَه. وإن لم يقل الشهود هذا لم يتمّ انتقال الملك للورثة ولا تصح الشهادة له وراثة الملك إلاّ بذلك.

ثم قال: وإذا مات من ورثة المَيّت الأول ولم يقل الشهود إنه لم يفوّت ما نقلته الوراثة إليه من ذلك في علمهم إلى أن توفي وأورثه ورثته لم تعمل الشهادة لورثة الميت الثاني شيئا، على ما تقدم من القول في الورثة الأولين. وإن قال شهود الورثة إنهم لا يعلمون واحدًا منهم فوّت شيئا مما نقلتْه الوراثة المذكورة إليه بوجه من الوجوه إلى حين شهادتهم فإنه أتمّ، وإن سقط هذا من العقد تمّتْ الشهادة دونه، انتهى. وأردف ذلك بمسألة كون الشهادة في ذلك وفي حصر الورثة من العلم عند مالك خلافا لابن الماجشون في قوله: إنها لا تصح إلاّ على البتّ. والكلام

الثاني للقاضي البرهان هو في الباب الواحد والأربعين من تبصرته أيضا في ما تجوز الشهادة فيه بالنفي مستندا إلى الظن الغالب. ونصّه: وكذلك الشهادة على انتقال الملك للورثة عن مورثهم لا تجوز الشهادة فيه حتى يقولوا لا نعلم المشهود له به فوّتَ شيئا منه إلى آخر إيقاع شهادتهم. هذا مذهب ابن القاسم. وأردف بخلاف ابن الماجشون في كون الشهادة في ذلك لا بد أن تكون على القطع وأنها من العلم ساقطة وبكونها من العلم القضاء، فهذان الموضعان من كلام القاضي ابن فرحون المشار إليهما في أصل جوابي.

فقوله: وإن شئتَ قلتَ الخ أي إن شئت ذكرتَ كون الأملاك لم يفوّتها المالك المتوفى بوجه من وجوه التفويت في علمهم إلى أن توفي وأورثه ورثته في رسم الاستحقاق وجعلت هذا الفصل [40 ب] من جملة فصول ذلك الرسم كما ذُكر أولاً، وإن شئت أخّرتَه وجعلتَه في وثيقة التجويز كما أشار إليه ثانيا فاعرفه.

وما حكيناه في الجواب عن الشيخ ابن ناجي هو في الورقة الثامنة والثلاثين من شهادات كبيره في قولها: وكذلك إن شهدوا مع ذلك بأن هذه الدار لأبيه وجدّه فلا تتمّ الشهادة حتى يقولوا: لا نعلم أنها خرجتْ مِن ملكه إلى أن مات وتركها ميراثا لهذا. ابن ناجي: ظاهره أنه شرط صحة. وفي كتاب العارية منها: إن شهدوا أن الدابة له ولم يقولوا لا نعلمه باع ولا وَهَب يحلف ويُقضَى له، وظاهره أنه شرط كمال. فحمله ابن عبد السلام وابن هارون على الخلاف وهو ظاهر قول ابن عات في الطرر عن ابن سهل.

وقال شيخنا ابن عرفة: الأظهر حملها على الوفاق بحمل ما هنا على الكمال. وقال ابن أبي حمراء: هو شرط صحة في وثيقة الميت كما هنا وليس بشرط في الحي إلاّ على وجه الكمال كما هناك لأنه يحلف

الوارث في الميت على العلم وفي الحي يحلف على البتّ لنصّها في العارية بذلك. ومثله في الوثائق المجموعة، وقبِلَه أبو إبراهيم والمغربي وبه الفتوى وهو ظاهر كلام ابن يونس وساقه. ووقع في أول وثائق الاستحقاق من وثائق الشيخ أبي عبد الله محمد الفشتالي -رحمه الله تعالى- ذكر قيام القائم في الاستحقاق لنفسه، واستوفى الكلام في ذلك توثيقا وحدودا وتجويزا وإسقاط إعذار وتأجيلاً وتعجيزًا وحكمًا. ثم قال: ولو كان لمّا قام هذا القائم ادّعى ذلك المقوم فيه لأبيه أو لجدّه أو لمن صار له في سببه بإرث أو اشتراء أو صدقة فلا بد من إثبات الوراثة. فإن أفردتَها عن رسم الاستحقاق كتبتَ في ذلك: يعرف شهوده فلأنًا ابن فلان الفلاني معرفة صحيحة تامة ويعلمونه توفي فورثه زوجه فلانة وبنوه منها فلان وفلان وفلان ومن غيرها فلان وفلانة لا وارث له سواهم في علم شهوده. وقيّدوا بذلك شهادتهم في كذا. وإن كان ثَمّ تناسخ ذكرتَه وقلتَ بعد عدد ورثة المتوفى ثم توفي فلان المذكور فورثه بنوه أو إخوته أو مَن كان وكذلك إن كان ثَمّ موت ثالث أو رابع. وإن أدرجتَ ذلك في رسم الاستحقاق المذكور قلتَ بعد رسم الاستحقاق: ولا خرجتْ عن ملكه بوجه من وجوه الفوت كلها في علمهم إلى أن توفي فورثه زوجه فلانة وبنوه وتمضي على ما تقدم إلى آخره. وإن شئتَ بدأتَ بالوراثة فتقول: يعرف شهوده فلانا ويعلمونه توفي الخ فإذا تمت الوارثة قلتَ: ويعلمون له وعلى ملكه كذا، وتمضي على ما تقدّم، فإذا تمّ رسم الاستحقاق فتقول: ولا يعلمون لأحدٍ من الورثة في ذلك تفويتًا حتى الآن في علمهم، ثم تعقد الإشهاد على ما تقدم. وهذا أتمّ وأرْفع للنزاع.

قال بعض الموثقين: لا بد أن تقول في الوثيقة: لا يعلمون فلانا فوّت شيئا من ذلك إلى أن توفي. وإن سقط من العقد لم يتمّ انتقال

الملك إلى الورثة ولا صحتْ لهم وراثة الملك. وإن قال ذلك في القائم الآن كان أتمّ وإن سقط من العقد تمت الشهادة. فذكره في حقّ الميت شرط صحة [41 أ] وذكره في حق الحي شرط كمال. انتهى موضع الحاجة منه.

قلت: قول الشيخ: قال بعض الموثقين، هو ما ذكره ابن ناجي عن وثائق ابن أبي حمراء والوثائق المجموعة وصرّح هنالك بأنه به الفتوى فاعرفه. فقولي في الجواب: قال ابن ناجي في كبيره كونه شرط صحة في ذلك به الفتوى الإشارة بذلك إلى استحقاق الميت وهو في النازلة المرابط محمد الذي ذكر في الرسم المنسوخ موته وشهد له بالملك في الربع المذكور وأخلى استحقاقه عن ذكر ذلك الشرط. فاعرف ذلك فإنه قد انجلى وانكشف حكمه.

وفي الرسم خلل ثانٍ: وهو أنه شهد بالملك للمرابط محمد وبالإرث عنه، وذلك يقتضي دخول الزوجات والبنات، فإن المذكورين في رسم الحكم حَفَدةٌ له فكيف يفرد الذكور من أولاده وأحفاده بالإرث عنه؟ وفيه خلل ثالث وهو ذكره أولاد محمد المرابط الوارثين دون تسميتهم ولم يذكر وفاة مَن مات من أولاده وعدة ورثته حتى تصل إلى الأحفاد، وذلك مُخلٌّ. قال الشيخ ابن ناجي في الورقة السابعة والثلاثين من شهادات كبيره: ظاهر قوله في الكتاب وأثبت المواريث جميع مَن مات وعدة ورثته مِن حين مات أبوه أو جده إلى قيامه الآن، وهو الحق خلاف ما أفتى به بعض مَن تقدم ثم رجع عنه. ويريد بأسماء الورثة وإلاّ لم ينفعه على الصحيح. وله في الورقة الثامنة والثلاثين من شهاداته ما نصه: قوله: وإن شهدوا أنّ هذا وارث أبيه أو جدّه مع ورثة له آخرين الخ. ابن يونس: يعرفونهم وهم غُيَّبٌ. أبو إبراهيم: يدلّ عليه قوله لم يُعْط هذا منها إلاّ مقدار حظه.

ابن ناجي: ظاهر نقل ابن يونس: وإن لم يعرفوا أسماءهم، وهو قول ابن العطّار: إذا قال الشهود في بعض البنين: لا نعرف أسماءهم فهي شهادة تامة. وقال عياض في قولها يسمونهم: فظاهره شرط. وقال ابن عتاب: يشترط معرفة أسماء الذكور دون الإناث. فتحصل ثلاثة أقوال. وأما الزوجة فقال ابن عتاب: يشترط معرفته اسمها وأبعَدَه ابن رشد. وقال: لا يشترط كالبنت، انتهى.

وفي الرسم قادح رابع وهو الشهادة في الملك من العلم. وقال ابن رشد: لا تكون الشهادة فيه إلاّ على البتّ لا على العلم. اعرفه في ترجمةٍ بموت ووراثة في الورقة التاسعة والتسعين من الطرر. وأما حكم القاضي فمختلّ لأنّ شرطه الحكم بالاستحقاق. وإذا لم يوافق الخصم على حدود الملك ولم يعذر إليه في موافقته أن يحوزه شهود الاستحقاق بشاهدين بإذْنِ القاضي يقفون معهما عليه ويقولون لهما: هذا الملك هو الذي شهدْنا به عند القاضي وأدَّينا بذلك شهادتنا عنده، حسبما هو مذكور في غير موضع واحد. واللفظ لاستحقاق الفشتالي وقد مكّن القاضي المذكور الأعيان المذكورين في رسم حكمه في نيل الملك مع فقد التحويز المذكور. وشرطه أيضا معرفة أعيان الشهود لهم على ما مرّ، لأن حكم القاضي لا يكون إلاّ على معروفٍ ولمعروفٍ وفي معروفٍ وبشهادة معروفٍ. قاله الشيخ الفشتالي في ثامنة أقضيته. ومثله في الورقة السادسة ومائتين من تذكير الغافل للشيخ الجد -رحمه الله تعالى- عن محاضر ابن حارث وغيره [41 ب] وكيف يحكم للأعيان الذين سَمّى في رسم الحكم بأن يحوزوا نصيبهم من الأملاك المذكورة مع أربعة أمور كل واحد منها يقتضي خلل الحكم بذلك. منها عدم تسميتهم في رسم الاستحقاق الذي استند في الحكم المذكور إليه فصار الحكم لهم بأخذ نصيبهم خَلِيًا عن مستند. ومنها خلو رسم

الحكم عن قدر نصيب كل واحد منهم من الأملاك فصار المحكوم به غير معروف. وليس في الرسم عدة الورثة حتى يعلم مِن ذلك كل واحد منهم. ومنها خلو ذلك كله عن وفاة معين فيها عدد ورثة الجد المرابط محمد المذكور. ومنها خلو رسم الحكم عن تحويز الأملاك المشهود بها. وقد وقع في السادسة عشرة من حبس البرزلي عن جواب ابن رشد: لا يجوز الحكم بمعيّن إلاّ بعد تعيينه بالحيازة. وفي استحقاق البرزلي تصريح بذلك أيضا وفي الورقة. . . .[1] من الجزء الثامن.

فهذه أربعة أمور اقتضت خلل رسم الحكم كلٌّ منها كافٍ في حَلّه ونقضه، فاعرف ذلك. ثم شرط الحكم الرافع للخلاف أن يكون القاضي الحاكم به يعرف الخلاف المذكور المرفوع. قاله القاضي ابن فرحون في الورقة الحادية والأربعين مِن تبْصرته. قال: فكل ما كان مختلفًا فيه وعرفه القاضي وحكم به مع علمه بالخلاف ارتفع أثر ذلك الخلاف بالنسبة إلى تلك الواقعة، انتهى. على أن الحكم بالخلاف ساقط لأن التحجير الشرعي على المفتي والقاضي أن لا يتصرفا إلاّ بالمشهور أو بما به العمل من أهل العمل. وقد صرح القاضي البرهان -رحمه الله تعالى- في منعه في الفصل الأول من كتابه رفْع النقاب الحاجب، عن مصطلح ابن الحاجب، بقوله: مَن لم يبلغ درجة الاجتهاد وكان حظه من العلم نقل ما في الأمهات فليس له تغيير المشهور، ويلزمه اقتداء ما شهره أيمة المذهب. فإن اختلف التشهير فالعمل على تشهير المغاربة، انتهى موضع الحاجة منه. واعرف ما وقع في جواب الاعتذار الموفّى عشرين من تذكير الغافل وتعليم الجاهل للشيخ الجد -رحمه الله تعالى-.

1) بياض بمقدار كلمة بالأصل.

ثم سمعتُ أنّ الفقيه عليًا عبيدًا أفتى في المسألة بأن وثيقة الاستحقاق المذكورة عاملة ويجب القضاء بها وأنّه مرَّ بسوسة في سَفَرِه لبرّ الترك لاستخلاص مالِه الذي كان سجنَه محمد باشا بتونس حتى أخذه منه. فقال له بعض فقهاء أهل سوسة: سمعنا أنك أفتيتَ بكذا وأنّ فلانا أفتى بكذا، فقال لهم متمدّحًا بفعله: دفع فتواه إلى الباشا حسين ومزّقْتها كل مُمزّق. فانظر هذه الأخلاق والديانة.

الحمد لله، وكُتِب سؤال في القضية المذكورة يمنتك أسفل نسخة من رسم الاستحقاق طلب فيه الجواب عن الرسم المذكور هل هو صحيح عامل ويُقضَى لهم بحقوقهم من الملك بذلك الرسم أم لا؟ وطلب التأمّل من حكم القاضي المذكور هل هو صحيح عامل يقوّي شهادة الشاهد المذكور أم لا؟ وأن بعض الحفدة المذكورين قام وأثبتَ وثيقة أنه يختصّ ببعض الملك.

فأجاب الفقيه علي عبيد عنه بما نصه: بعد افتتاحه تأمّلتُ سؤالك هذا والنسخة فوقه. وإذا كان الأمر كما ذكر فالرسم المقيَّد نسخته [42 أ] أعلاه صحيح عامل يُقضَى بمقتضاه لأهل الأملاك المذكورة بعد أيمانهم مع ذلك لتمام النصاب على مقتضى المذهب. والله تعالى أعلم. وعطف عليه بالتصحيح والموافقة الفقيه المسراتي ثم الفقيه الحاج سالم.

قوله: بالرسم المقيّد نسخته أعلاه، صوابه المقيّدة نسخته لأنه نعْتٌ سببي يجريه على غير من هو له، والقاعدة النحوية: أنّ النعت يتْبع ما قَبْله في التعريف والتنكير خاصة، ويتبع ما بعده في التوحيد والتذكير وأضدادهما. ووجه ذلك أن النعت يتبع ما قبله في واحد من التعريف والتنكير، وأما التوحيد والتذكير وضدّهما فهو في ذلك بمنزلة الفعل،

وأنت إذا أحللْتَ[1] الفعل محلّه تقول الذي ذُكرت نسخته فتؤنّث الفعل أي تلحقه علامة التأنيث. ولذا قال الشيخ الناظم -رحمه الله تعالى- :

وليُعْط في التعريف والتنكير ما لما تلي كامْرُرْ بقوْمٍ كُرَما
وهو لدى التوحيد والتذكير أو سواهما كالفعل فَاقْفُ ما قَفَوْا[2]

لكنّ البضاعة من أمثال هذه الأمور مُزْجاة، وترك الكلام في وثيقة القائم في السؤال مع أنها ناقلة. والمشهور تقديم البينة الناقلة على المسْتَصحَبة، وقد صرّح شاهد وثيقة المقوم عليهم أنه مَن أقام بينة باختصاصه بشيء فله ذلك. وليت شعري مِن أي وجْهٍ اكتسبت وثيقة المقوم عليهم وهي وثيقة الاستحقاق المنسوخة الصحة. ﴿ومَنْ يُضْلِلِ الله فما له مِن هادٍ﴾[3].

الحمد لله، سألني المعلّم فرج العروي من سوسة رجل أشْيَب قال: أنا ابن أخت الفقيه أحمد العيسي في أواسط ربيع الأول يوم الخميس المولد النبوي عام واحد وألف [1001 هـ / 17 ديسمبر 1592م] عن مسألة امرأة كانت في عصمة زوج وله منها أولاد فوقع بينه وبينها حتى وكّلتْ عليه أخاها فوقع بينهما ترافُعٌ وخصام لدى قاضي موضعهم، فآل أمرهم مِن ذلك إلى أن طلقها زوجها المذكور طلاق الخلع. وبقيت الزوجة بعد الخلع مدة تقرب من عام ومرضتْ وأدخلت عليها العدول مرتين للشهادة بوصية الثلث لابن أختها، وأعتقت أمة من ثلثها المذكور، وماتت من مرضها المذكور بعد مضي المدة المذكورة. وبعد موت أولادها من الزوج المذكور فقام مطلّقها المذكور وشهد عند القاضي أنه

1) بالأصل: حلّيت، من العامية، والإصلاح مقترح.
2) البيتان من ألفية الناظم ابن مالك وهما البيتان الثالث والرابع من باب النعت.
3) ورد نص هذه الآية في القرآن أربع مرات: الرعد 33، الزمر 23، 36، غافر 33.

كان سمع منها في صحتها سابقا أنها حبَّستْ أصول زيتون عشرة بسانية كذا يحدّها كذا وكذا بعد وفاتها ولحوقها بالله العظيم على المسجد الفلاني من مساجد بلدها. فهل شهادته المذكورة صحيحة وتكون الأصول المذكورة حُبْسًا أم لا؟ والحالة أنّ الرجل المطلّق المذكور لم يتقدم منه ذكر هذه الشهادة لا حالة كون المرأة في عصمته ولا بعد طلاقه إلى الآن حتى ماتت أولادها منه. وآخرهم موتًا بنت ماتت بعد أمها المطلقة المذكورة والحالة أنّ مدينتهم فيها العدول المنتصبون للشهادة وقد كانوا أُدخِلوا عليها مرتيْن للشهادة في الوصية وغيرها؟ جوابكم عن ذلك شافيًا تؤجَرُون والسلام.

فأجبتُ بما نصّه بعد افتتاحه: إذا كان الأمر كما ذُكِر فشهادة المطلّق المذكور على مطلقته بالحبس [42 ب] المذكور غير صحيحة وتُردُّ لوجوهٍ، منها الخصومة السابقة بينهما وهي مبطلة للشهادة ولو كانت الخصومة في قليل على ظاهر ما وقع في سماع القرينين وسماع سحنون ونوازل أصبغ، ومنها سكوته بالشهادة المذكورة والمعلوم أن الحبس حقٌّ لله بحيث كتَمه المدة المذكورة في السؤال أبطلتْ الشهادة على الأصح، ومنها خلو الحبس المشهود به في الصحة عن ركنه وشرطه فلا يكون من رأس المال لعدم التنجيز ولا من الثلث لفقد المرض. فالشهادة به المذكورة غير عاملة مِن أي شاهدٍ كان. وفيها من مقتضيات البطلان غير ما ذكرتُه من الوجوه الثلاثة لكن أضْرَبتُ عنه اكتفاءً بما ذكرتُه، وكل وجه من ذلك كاف على انفراده ببطلان هذه الشهادة. والله تعالى أعلم، وبه التوفيق.

تذييل، قولي: على ما وقع في سماع القرينيْن الخ، وقع ذلك في الورقة الخامسة عشرة من المطالب اليقينية ونصّه: سمع القرينان إن مكث المتخاصمان بعد خصومتهما سنين إن كان أمرهما صار إلى

سلامة وصُلْح فشهادة أحدهما على صاحبه جائزة. ابن رشد -رحمه الله تعالى-: ظاهره أن مجرّد الخصومة ولو في قليل تُوجب العداوة بين المتخاصمين. ومثله في سماع سحنون ونوازل أصبغ ولو سلم أحدهما على الآخر ولم يعودا إلى ما كانا عليه قبل الخصومة من التكلم لم تجز شهادة أحدهما على الآخر، انتهى.

والمانع من عود المتخاصميْن في النازلة وهما المطلّقان إلى ما كانا عليه من التكلم شرعي. والقاعدة أن « المعدوم شرعا كالمعدوم حسًا» والأصل استصحاب العداوة الناشئة عن الخصومة، حسبما أفتى به الشيخ أبو عبد الله محمد الأنصاري الرصّاع ذكره في الورقة الثانية عشرة من المطالب اليقينية في أحكام العداوة الدنيوية للشيخ الجدّ -رحمه الله تعالى- وسماع القرينيْن وقع في الورقة الحادية عشرة منها. ووقعت شهادة الخصم بالنص على ردّها في آخر عارية التهذيب وفي كلام الشيخ الوانوغي عليها. وعلى ذلك مسألة كتاب الأيمان بالطلاق منها في من شهد أن فلانا أمرهما أن ينكحاه أو يبتاعا له بيعا وأنهما فعلا، وانظر قال: لا تجوز شهادتهما عليه لأنهما خصمان، انتهى. وفي الورقة الثالثة عشرة من هبة البرزلي: الوصي إذا خاصم محجوره نُزعتْ الوصية من يده لثبوت عداوة الخصومة من ابن رشد وابن عات. وفي سادسة وصاياه: إذا جرى بين المشرف والمحجور شنآن ومخاصمات فإنه يوجب سقوط مشورته بعداوته فلا يُؤمن عليه فيسقط إشرافه. ومثله في سادسة بحث الحجر منه ووقع في أول شهادات التهذيب عنه -صلى الله عليه وسلم تسليما- أنه قال (لا تجوز شهادة خصم).

قال أبو إبراهيم والمغربي: ذلك مقيّد بكون الخصومة غير خفيفة وفي ما لَهُ بالٌ، واعترضه ابن ناجي في ثالثة شهادات كبيره بقوله: ليس ذلك بمتفق عليه بل هو قول ابن كنانة. وقال مالك في سماع القرينيْن

مجرد الخصومة ولو في قليل تسقط شهادة أحدهما على الآخر ولو بعد طول ما لم يصطلحا وكلاهما حكاه [43 أ] ابن رشد ، انتهى.

قولي: بحيث كتمه إلى قولي بطلتْ على الأصح هو عبارة الشامل في المانع الخامس الحرص على الأداء. ونصه: وفي حق الله تعالى تجب المبادرة بالإمكان إن استديم تحريمه كعتقٍ وطلاقٍ ووقفٍ ورضاعٍ فإن كتَمَه بطلتْ على الأصح.

قولي: ومنها خلو الحبس المشهود به في الصحة عن ركنه وشرطه فلا يكون من رأس المال لعدم التنجيز، ولا من الثلث لفقد المرض، فالشهادة المذكورة غير عاملة مِن أي شاهد كان. هذا لما في ثالثة وقف الشامل ونصّه: وهو من رأس ماله إن وقع في الصحة ونجزه في حياته وإلاّ فمن ثلثه، انتهى.

فشَرط في الفرع الأول شرطيْن وشرط نقيضهما في الفرع الثاني، وذلك أن خروجه من رأس مال مُحبِّسه مشروط بوقوعه في صحّته وبتنجيزه في حياته وخروجه من ثلثه مشروط بوقوعه لا في صحته بل في مرضه لأنه نقيض صحته، وبعدم تنجيزه. فإذا اختل شرط من الشرطين في فرع خروجه من رأس المال اختلّ مشروطه، وإذا اختل شرط من الشرطين في فرع خروجه من الثلث اختل مشروطه كذلك. وفي النازلة قد اختلّ مِن فرع خروجه من رأس المال تنجيزه فإنه مفقود لقول شاهد الحُبُس بعد وفاتها. واختلّ من فرع خروجه من الثلث وقوعه لا في الصحة بل في المرض. وها هنا لم يقع في المرض بل في الصحة، فاعرف ذلك.

ووقع في ثامنة هبة البرزلي عن سماع عيسى: مَن تصدّقتْ بعبْدٍ أو غيره في صحتها فذهب عقلها قبل حوزه فحوزه باطل كموتها. ثم قال

البرزلي: وفي السماع المذكور لا يُحَاصِصُ بها الورثة أهل الوصايا كما يُحاصِصُون بالوصية لوارث. ابن رشد: لأنه لم يُرد كونها من الثلث، وفي الوصية لوارث أراده، انتهى موضع الحاجة منه. فانظر كيف جعَل الصدقة في الصحة يبطلها موت المتصدق قبل حوْزها، ولا تخرج من الثلث كما تخرج الوصية للوارث إذا أجازها الورثة. وذلك لعلة ما ذكره الشيخ أبو الوليد -رحمه الله تعالى- من كون المتصدق لم يقصد كونها من ثلثه. وفي الوصية للوارث قصد هذا المعنى والحبس من أنواع الصدقة. قاله الشيخ ابن ناجي في أول حبس كبيره. والقاعدة أن «ما لزم الأعمّ لزم أخصَّه بخلاف ما لزم الأخصّ فإنه قد لا يلزم الأعم» فإذا كانت الصدقة أعمّ من الحبس كان الحكم اللاّزم للصدقة وهو كونها لا تخرج من الثلث لازما للحبس الذي هو أخصها، فاعرفه. ولا يعارض هذا ما في تاسعة حبس البرزلي أن شرط غلّة الخادم المتصدّق بها خمسة أيام من كل شهر لا تجوز للتحجير المانع من البيع. ولا بأس به في الحبس لأنه لا يُباع ولا يُوهب ولا يُغيّر عن حاله، لأنا قد قلنا « ما لزم الأخص -وهو الحبس في نازلتنا- قد لا يلزم الأعم « وهو الصدقة. فاعرفه.

وفي السابعة عشرة من هبة البرزلي عن جواب بعض المفتيين: الصدقة في المرض تخرج من الثلث كالوصية. اعرفه فيه فالتصريح الأول وهو الصدقة في الصحة قبل حوزها لا تخرج من الثلث. وهذا التصريح وهو الصدقة في المرض تخرج من الثلث كالوصية [43 ب] فردّ على أن الحبس في هذه النازلة الواقع في الصحة لا يخرج من الثلث، فاعرف ذلك. والفرعان معا وهما التبرعات في الصحة تكون من رأس المال، ومعناه إذا وجد شرطها كالحوز قبل الموت والفلس ومرض الموت والتبرعات في المرض تكون من الثلث فينظر فيها ما

ينظر في الثلث، كلاهما وقع في وثيقة ضمانٍ بما ثبت لرجل على غيره في الورقة الرابعة والتسعين من الطرر ونصّه: المتأخر إن كان الحُملاء جماعة أو واحدًا فلا تنْسَ أن تقول في الوثيقة وهم بحال صحة لما فيها من الضمان، لأنه معروف والمعروف لا يكون للمريض إلاّ من الثلث مما خلّفه وللصحيح من رأس المال اعرفه فيه. ونقله الشيخ البرزلي في الورقة الثالثة والعشرين من ترجمة مديانه. واعرفه في الورقة الثلاثين من هذا الجزء.

قولي: وفي الشهادة المذكورة من مقتضيات البطلان غير ما ذكرته إلى آخره، من ذلك الاستبعاد العادي في شهادة هذا المطلق في الحُبس على أن مدينتهم فيها العدول منصوبين للشهادة، والحبُس مما يهتبل فيه في العادة. وإلى هذا القادح أشار القاضي البرهان -رحمه الله تعالى- في السبب السابع في الورقة الستين من تبْصِرته بقوله: الناس غالبا إنما يقصدون بوثائقهم المعتبرة أعيانَ الشهود، انتهى.

وذكر في الورقة الرابعة والسبعين ومائة من تذكير الغافل أنه وقعتْ فتوى الشيوخ بمنع قبول شهادة العوام في الأمور المهْتَبَلِ بها في بلدٍ يكون العدول به منتصبين. ومثله في الورقة السادسة والعشرين من إرشاد الراغب. وتقدّمت في الورقة الحادية والأربعين ومائة من الجزء السادس. ومن ذلك إجمال تاريخ شهادة المطلّق المذكورة في السؤال بقوله: سمع منها في صحتها سابقا أنها حبستْ الخ. والقاعدة أنّ « الألفاظ المجملة لا يُقضَى بها » وقضية علي العروي السوسي في الورقة الحادية عشرة من الجزء الثاني لا تُشابِهُ هذه النازلة ولا تناظرها. وهذا المبطل وهو الاستبعاد إنما تركته عن أن نعتمده بالذكر في أصل الجواب لأنه محتمل للتّحمّل والاسترعاء، أعني الشهادة في الحبس المذكورة. فإن كانت تحمّلاً تَمَّ القادح به، وإن كانت الشهادة استرعاء فلا يصح

القدح به، لأن شهادته عليها بالحُبُس غير مقصود منها إشهادها إياه به، فاعرف ذلك، فهو مستفاد من قول البرهان القاضي إنما يقصدون، فدلّ على خروج الاسترعاء عن هذا الحكم، لأن الشهادة حينئذ لم يقصدها المشهود عليه أي لم يحمّلْها الشاهد بالقصد إليها، فاعرفه. والله تعالى أعلم، وبه التوفيق.

الحمد لله، سألني سليمان الغربي ولد فَضْل، وجَّهَه.[1] طويل القامة في أوائل شهر ربيع الآخر عام واحد وألف [1001 هـ / أوائل جانفي 1593 م] عن مسألته وهي أنه كان ببلاد الجريد وتوجَّه لمدينة تونس فأتت امرأة من هناك معه في القافلة التي هو فيها، فلما وصل إلى القيروان خطبها للتزويج من نفسه فأجابته لذلك فتزوجها هنالك [44 أ] على المنهج الشرعي مِن كَتْب الصّداق والولي والشاهديْن وذلك منذ خمسة أعوام، وتزايد له منها أولاد. ثم ظهر له أنها كانت مطلقة مِن رجل وتزوجها قبل تمام عدّتها وهو جاهل بذلك، فهل يُفسَخ نكاحهما وتَحْرم عليه أبدًا؟ أو يُفسخ بطلاق وله مراجعتها بنكاح جديد؟ أم كيف الأمر؟ والسلام.

فأجبتُ بما نصه بعد افتتاحه: إذا كان الأمر كما ذُكر فيُفسخ نكاحهما المذكور بغير طلاق وتحرم عليه للأبد. والله تعالى أعلم، وبه التوفيق. تأييد تحريمها مذكور في بحث نكاح المعتدَّة في الورقة السابعة من نكاح الشامل. وكون فسخه بغير طلاق وقع في الفصل قبل الخلع من الشامل. واعرف ما في الورقة الثامنة عشرة من الجزء الخامس.

الحمد لله، سألني الشاب إبراهيم البرشكي الخيّاط في أوائل شهر ربيع الآخر عام واحد وألف [1001 هـ / أوائل جانفي 1593 م]

1) كلمة غير مقروءة بالأصل.

عن مسألته وهي: دارٌ محبّسة من مالكها على ثلاثة إخوة أولاده بلغيث والظريف وفاطمة وعلى أولادهم، هذا محصول ما يُعلم الآن من صورة الحبس المذكور. وقد بقي الآن الأولاد محمد بن بلغيث المذكور بأولاده، وإبراهيم بن عائشة بنت محمد بن فاطمة المذكورة بأولاده، ومات الظريف عن غير ولد. وكل واحد من محمد بن بلغيث وإبراهيم حفيد فاطمة حالهما واحد بحسب الحاجة وعدمها، وكلّ منهما يسكن بالدار المذكورة بأولاده، وأَعْطَيا للقرابة والرحم حقّه، وإبراهيم يتصرف في الدار المذكورة بالبناء والرمّ لما وَهَى فيها من مسكنه منها وغير مسكنه مدة تنيف على أربعة عشر عاما. كل ذلك من ماله على السَّكْت لحق القرابة في السكوت. لكن ربما أخرجت المعاشرة تشاحُحًا وتغايُضًا بين الفريقيْن. فيقول محمد بن بلغيث: نختص بسكنى جميع الدار لكوني طبقة عليا دون إبراهيم لأنه طبقة سفلى. فيقول له إبراهيم: إيتِ بنص المحبّس الذي فيه الشرط -إن كان عندك- لأنه بلغني أنه عندك، فلا يستطيع إظهار رسم الحبس لأنه خليّ عن هذا الشرط وليس هناك بينة تعيّن ذلك لا بإشهاد من المحبّس ولا بوقوف على رسم الحبس فصار تعيين شرطٍ ما من المحبس أو تقييدٍ أو تخصيصٍ مفقودًا. فهل مَن اتهم بأن رسم الحبس عنده يلزمه اليمين إن لم يُظْهِره؟ وإذا قلتم بلزوم اليمين أو بعدم لزومه فما الحكم في هذه النازلة؟ وكيف يكون سكنى هذه الدار واستحقاقها بين الفريقين والحالة ما ذُكِر؟ والسلام.

فأجبتُ بما نصه بعد افتتاحه: إذا كان الأمر كما ذُكر فالذي جَرى به العمل تَوجُّه اليمين على المتّهم وغيره وعدم انقلابها. قاله الشيخ ابن ناجي في كبيره، وعزاه في موضع آخر لما به الفتوى. والقول قول إبراهيم في عدم تقييد عقد الحبس بترتيب الطبقتين، إذ الأصل الحمل على الإطلاق عند المالكية دون التقييد، خلافا للشافعي. قاله الشيخ

شهاب الدين [44 ب] -رحمه الله تعالى- ونحوه في كتاب ترتيب القواعد والفروق: حتى تقوم بينة تحفظ التقييد عن المحبس. والبينة بذلك على محمد لأنه المدّعي في هذه النازلة على ما قرره أشياخ المذهب، الشيخ ابن عرفة وغيره.

قال في المقدمات: إذا قال: حبّستُ على أولادي، ويسميهم بأسمائهم ذكورهم وإناثهم، ثم يقول: وعلى أولادهم فإن ولد البنات يدخلون في ذلك على مذهب مالك وجميع أصحابه المتقدمين والمتأخرين، انتهى. ولا يسوغ لواحد من محمد وإبراهيم إخراج الآخر من الدار والاختصاص بسكناها دونه، وإن كان عقدا مشاعًا غير مُجَزَّإٍ من عاقده بين مستحقّيه، وذلك لأجل أنّ مسكن كل واحد منهما صار فاضلا عن الآخر وما كان فاضلا لاَحَقّ للحائز فيه، فكيف يطلب الاختصاص به حينئذ ويخرج منه ساكنه، ولأنّ سكوت كلّ منهما عن سكنى الآخر وتصرفه مسقط لحق الساكت في دعواه الاختصاص بسكنى جميعها دون الآخر، بناءً على أن السكوت علَم على إسقاط الساكت حقه، هذا ما لم يصحب السكوت إذن وموافقة لفظية، فإن صحِب ذلك فأحْرى. وعلى ما ذكرتُه فالحكم في هذه النازلة اشتراك كل واحد من محمد وإبراهيم في سكنى هذه الدار والانتفاع بها دون اختصاص. والله تعالى أعلم، وبه التوفيق.

تذييل، القول الأول لابن ناجي وقع في الخامسة والثلاثين من شفعة كبيره. وهي آخر ورقة منه في قولها: والموهوب له الشقص والمتصدق به عليه يقول له الشفيع: أخاف أنك ابتعته منه الخ. قال: والذي جرى به العمل تَوجُّهها مطلقا على المتّهم وغيره وعدم انقلابها. والموضع الآخر رابعة وديعته في قولها: لو قبضه ببينة وقال: ضاع مِنّي أو سُرِق صُدّق. وله في الورقة الحادية عشرة مِن غَرَره في قالب الربع

العمل جرى على توجّهها، وعليه فالعمل جرى على عدم انقلابها، وهو الصحيح، انتهى. وقال في الرابعة عشرة منه ما نصه: أخذ من قولها إن يمين التهمة تتوجه وأنها لا تنقلب، وبذلك العمل، انتهى.

وإنما كان القول قول إبراهيم في دعوى عدم الترتيب من المحبس بين الطبقتين العليا والسفلى، وكان محمد مدعيًا لأن قول إبراهيم صحبه الأصل المذكور في الجواب. وقاعدة المذهب أنّ « المدعي مَن كان قوله على خلاف أصل أو عُرْفٍ، والمدّعى عليه مَن كان قوله على وفق أصل أو عرْفٍ » نقله القاضي البرهان في الورقة الثامنة والأربعين من تبصرته في فصل المدّعي والمدّعى عليه عن الشيخ شهاب الدين، وهو معنى قول الشيخ ابن عرفة -رحمه الله تعال- في الورقة التاسعة والأربعين من شهاداته في بحث المدّعي والمدّعى عليه: « المدعي من عَرِيتْ دعواه عن مرجّح غير شهادة، والمدعى عليه مَن اقترنتْ دعواه به » انتهى. وإبراهيم في النازلة اقترنت دعواه حيث ادّعى عدم تقييد الحبس بمصدّق غير شهادة، وهو الأصل المذكور. فإن الأصل الحمل على الإطلاق لا على التقييد. وكلام الشيخ شهاب الدين وقع في أول الباب الثالث من [45 أ] شرح مختصر المحصول له وهو المعروف بالتنقيحات. وكلام ترتيب القواعد والفروق وقع في تنبيه في القاعدة الثالثة عشرة من قواعد الدعاوى في الورقة التاسعة والخمسين ومائة منه. وعبّرتُ بنحوه لأنه ليس مثله، لأنه خلا عن عزوه للمالكية وعن عَزْو خلافه للشافعي.

فقولي: والبينة بذلك على محمد لأنه المدعي لأن قوله على خلاف أصل. والأصل المذكور هو حمل الألفاظ ومنها العقد على الإطلاق دون التقييد. والإشارة في قولي: بذلك، عائدة إلى التقييد بالترتيب بين الطبقتيْن من المحبّس إما بسماع ذلك منه أو بوقوف على رسم تحبيسه

ويقول الواقف عليه رأيتُ فيه القيد المذكور والشرط في الشيء قَيْدٌ فيه. فإنّ المحبس إذا شرط في حبسه الترتيب بين الطبقتين العليا والسفلى فقد قيّد تحبيسه بذلك الشرط، والإطلاق هو عدم الترتيب بين الطبقتين.

وقولي: لأنه المدّعي في هذه النازلة، احترزتُ به عن نازلة يقترن بها عرْفٌ أوعادةٌ يجري بأن الحبس في موضعها بالتقييد المذكور. فإذا كان كذلك فينعكس الحكم لأن الحكم يدور مع العرف. فيصير القول قول محمد لأنه صحِبَه عُرْف رجّح دعواه، ومخالِفُه عَرتْ دعواه عن ذلك المرجّح. فقيدتُ بهذه النازلة احترازًا عن ذلك، فإن سائلها لم يذكر عرفا أو عادةً جَرتْ بالترتيب بين الطبقتين. فاعرف ذلك والأصل الإطلاق عن العرف يغيّرما قررناه فتدبَّرهُ.

وقولي: على ما قرّره أشياخ المذهب الخ، أشرتُ به إلى رسم المدعي والمدعى عليه الذي بيّنتُه من كلام ترتيب القواعد ومن كلام الشيخ ابن شاس ومن كلام الشيخ ابن عرفة وكلام المقدمات. نقله برمَّته حسبما نقلتُه عنه بعد الشيخ ابن عرفة في ثامنة حُبُس مختصره، والشيخ البرزلي في خامسة حُبُسه وهو في نقل الشيخ ابن عرفة أوْعَبُ ونصه: لفظ أولادي يُسمّيهم بأسمائهم ذكورهم وإناثهم ثم يقول: وعلى أولادهم. في المقدمات: يدخل فيه ولد البنات على مذهب مالك وجميع أصحابه المتقدمين والمتأخرين، إلاّ ما رُوي عن ابن زرب وهو خطأٌ صُراحٌ لأنه لم يقلْه برأيه بل قاله بقياسٍ فاسدٍ على ما ذهب إليه من تقليد غيره لأنه كان يفتي بما كان عليه الجماعة من دخول ولد البنات إلى أن نزلت نازلةٌ فقال: رأيتُ لموسى بن طارق قاضي زَبِيد أنه سأل مالكًا -رضي الله تعالى عنه- عمّن حبّس على ولده وولد ولده فقال: ولد البنات في هذه المسألة ليسوا بعقب لا أعلم فيه خلافا بين أهل المدينة، فرجع عن قوله.

فكان من قوله في القائل على ولدي فلان وفلان وفلانة وعلى أعقابهم وأعقاب أعقابهم أنه لا شيء لولد فلانة كقوله على أولادي وعلى أعقابهم وفيهم أنثى. وكذا إذا قال على ولدي فلان وفلان وفلانة وعلى أعقابهم، لاحتمال عود الضمير على الذكرين دون البنت. والذي قاله الجماعة مِن عَوْده على جميعهم هو الصواب. ورجوع ابن زرب لأجل الرواية التي حكاها غلَطٌ بيّنٌ لأنها إنما هي في مَن حبّس على [45 ب] ولده وولد ولده، وهي غير التي رجع عن جوابه فيها لأن وجه الرواية ما بَيّناهُ مِن اعتقاد الناس أن الولد خاص بالذكر بل لا يَعرفُ صدْق الولد على الذكر والأنثى إلاّ الخاص من العلماء، ولا يمكن أن يُقال إن أحدًا من الناس يجهل أنّ ضمير الجمع يرجع على جميع المذكورين، بل الكثير منهم يعتقد أنه لا يصحّ رجوعه إلى بعضهم. انتهى موضع الحاجة منه هنا.

قلتُ: يعضّدني في جزْمي بدخول أولاد البنات في نازلتي وتمسّكي بكلام المقدمات وإدخالي النازلة تحت المسألة التي خالف فيها القاضي ابن زرب -رحمه الله تعالى- ما وقع في أجوبة القاضي أبي الوليد -رحمه الله تعالى-. ونصه من نقل الشيخ البرزلي في رابعة حُبُسه بعد أن اختصرتُ طوله: سُئل عمّن حبس على ولديْه فلان وفلان ثم على أعقابهما ما تناسَلُوا فمات الابنان ولهما بنون وبنو بنين فهل يدخلون مع مَن فوقَهم أم لا؟ وهل يكون الترتيب في الطبقة المذكور فيها ثَمَّ أو فيها وفي ما بعدها؟ وإن كان فيها خلاف فما تختاره منه؟

فأجاب: لبني بني الابنيْن الدخول مع مَن فوقهم مِن بني الابنيْن. هذا قول مالك في المدونة ولا أحفظ في ذلك اختلافا لأنّ عطفه بالواو المقتضية للجمع والخلاف إنما هو في قسمه بالسواء أو بقدر الحاجة، والذي عليه العمل قسمه بالسواء في الفقر والغنى والذكورة والأنوثة. واختُلف في دخول أولاد البنات على ثلاثة أقوال:

الأول عدم دخولهم البتة إذ ليسوا عنده بعقب.

والثاني يدخل أولاد بنات الابنين المسمّيَيْن لأن بناتهما مِن عقبهما، فأولادهما من عقب عقبه. ولا يدخل في هذا القول أولاد بنات بني الابنيْن ولا أولاد بنات بناتهما إلاّ أن يقول: ثم على أعقابهما وأعقاب أعقابهما وكل ما زاد بعقبهما، فيدخل أولاد البنات إلى تلك الدرجة المنتهى إليها. ولو اقتصر على أعقابهما ما تناسلوا ولم يزد، وأعقاب أعقابهما لم يدخل في الحبس أحد من أولاد بنات الابنيْن على مذهب مالك -رضي الله تعالى عنه-. وحضرتُ شيخنا ابن رزق يفتي بهذا القول وبه جرى العمل.

والقول الثالث يدخل فيه أولاد بنات الابنيْن وأولاد بنات بَنِيهما وبناتهما ما سفلوا لقوله: ما تَنَاسَلوا. ولو لم يقل ما تناسلوا لم يدخل أحد من بني الابنيْن المسميين فيه مع أبيه في الحبس ما دام حيا لقوله: ثم على أعقابهما، ولو قال: وعلى أعقابهما لدخَل معه قيل في ما فضل وقيل بالسوية وقيل بقدر الحاجة، لأنهم فرّقوا في أحد الأقوال بين حكم الولد وولد الولد وبين حكم ولد الولد وولد ولد الولد إذْ أُشْرِك بينهم بالواو فقالوا: يؤثر الوالد على ولده فلا يدخل إلاّ في ما فضل ولم يقولوه في ولد ولد الولد مع ولد الولد، انتهى.

هذا لفظه الواقع في رابعة حبس البرزلي فقد خصَّص الترتيب بين الطبقتين المتعاطفتيْن بثمّ وشرّك في التعاطف بالواو كما هو حال النازلة. ومثله في التشريك بالواو بعد عطفٍ بثمّ وقع في خامسة حبس البرزلي أيضا مكررًا عن فتوى ابن الحاج وابن رشد وقعَتا في أحكام [46 أ] ابن الحاج، لكن سندي في التسوية التي جزمْتُ بها في الجواب إنما هو تساوي محمد وإبراهيم في الحاجة وعدمها، على ما صرح به في

السؤال، وعليه يكون استحقاقهما متساويا كذلك، فاعرفه، وإلاّ فلو لم يكن التساوي بينهما في الحال لكان مقتضى جواب الشيخ تساويهما في الاستحقاق مع تفاوتهما في الحاجة، فيعارضه حينئذ المنصوص في آخر حبس الشامل والمختصر قسمه بحسب الحاجة والعيال في غلةٍ وسكنى، فانظره.

فلهذا قلتُ الآن يعكّر على جواب الشيخ أبي الوليد، وعلى ما مرَّ عن المقدمات أمورٌ منها ما وقع في الورقة الثانية والثلاثين من حبس البرزلي عن جواب ابن رشد في من حبّس رَحًى على ولديْه فلان وفلان على وجه الاعتدال وعلى أعقابهما، فمات الولدان ولهما عقب كثير وأحدهما أكثر من الآخر. فهل تُقسم بالسواء أو بقدر الحاجة أو يأخذ نصيب كل واحد عقبه؟

فأجاب: تُقسم على عدد الأعقاب بالسويّة عند استواء الحاجة، فإن اختلفتْ زِيد المحتاج وكثير العيلة بقدر الاجتهاد.

قلت: فانظره مع العمل الذي ذكره في جوابه الأول. ويمكن الجواب بالفرق وهو أن المحبّس لمّا أن خصّص الولدين المباشريْن بحكم الاعتدال دلّ على إخراج الأعقاب عن هذا الحكم. فلهذا جعله الشيخ بين الأعقاب بحسب الحاجة. والله أعلم. وفي هذا الجواب دليل لما قلتُه في جوابي من التسوية بين محمد وإبراهيم لقول السائل حاجتهم مستوية. وقال الشيخ: بالسوية بين الأعقاب عند استواء حاجتهم، فاعرفه.

ومنها أنّ القول المعمول به في جواب الشيخ أبي الوليد الذي نقلته عنه أولا يعارضه ما في المختصر والشامل أنّ المشهور في الحبس على قوم وأعقابهم أو مَن لا يُحاطُ بهم أنه يقسم بالاجتهاد يُفضّل فيه ذو الحاجة

والعيال في غلة وسكنى. فصار العمل الذي أجاب به الشيخ وهو في أعقابٍ وأعقاب أعقابٍ بناءً على أن ما به الفتوى مساوٍ لما به العمل. اعرفه في الورقة التاسعة ومائة من الجزء السادس، وفي ملحقه عليها له عمل يعارضه، على أن الذي في الشامل والمختصر يتناول الحكم بالإيثار حتى مع الأصول المباشرين للفظ المحبس وحياته يعارضه قول مالك ويحيى بن سعيد يبدأ بالولد فإن كان فضْلٌ كان لولد الولد، فاعرفه.

ومنها قول مالك في المدونة في مَن قال: حُبُس على ولدي وولد ولدي، دخل ولد الولد مع الولد، ويبدأ بالولد فإن كان فضْلٌ كان لولد الولد. الشيخ المغربي والشيخ ابن ناجي: إنما قال بدأ بالولد لأن الأصل في الواو الترتيب، وإن كان قد اختلف في ذلك. ويمكن الجواب عن هذه بما وقع في أثناء جواب الشيخ أبي الوليد المشار إليه أوّلاً ونصه: وقد قالوا يؤثّر الوالد على ولده فلا يدخل إلاّ في الفاضل عنه حيث يقول على ولدي وولد ولدي ولم يقولوه في ولد الولد مع ولد ولد الولد. فهذا صريح في تخصيص الترتيب حيث يكون ولدٌ مباشر. ونازلة جوابي قد انقطع فيها الولد المباشر فهو بلغيث وأخواه والباقون [46 ب] كلهم ولد ولدٍ وولدُ ولدِ ولدٍ فلا إيثار فيها حينئذ ولا ترتيب. ولعل هذا الفرع وهو ولدي وولد ولدي هو الذي غَرّ محمدًا في النازلة حتى زعم الترتيب بين الطبقتين في الاستحقاق. وجوابه ما بيّنّاه من أنّ الترتيب لم يقولوه في ما بين ولد الولد وولد ولد الولد فاعرفه، فلم يبق لمحمد في النازلة تمسّكٌ في ما زعم إلاّ وجود لفظ المحبس بقيد الترتيب بين الطبقتيْن العليا والسفلى، بحيث لا تدخل الطبقة السفلى مع العليا. والله تعالى أعلم.

ومنها ما وقع في خامسة حُبُس البرزلي عن ابن الحاج إذا كرّر لفظ الأولاد أو لفظ الأعقاب فيقول: وعلى أولادهم وأولاد أولادهم، أو

يقول: وعلى أعقابهم وأعقاب أعقابهم. فإنّ ولد البنات يدخلون إلى الطبقة المنتهى إليها وينقطعون عند انقطاع ذكر الطبقات.

قال القاضي أبو عبد الله بن الحاج إثر قوله هذا ما نصّه: هذا الذي تعلّمناه من أفْقَه مَن أدركْنا، انتهى. ومثله وقع في جواب القاضي أبي الوليد بن رشد الذي صدّرنا به عن رابعة حبُس البرزلي في القول أكد الثاني الذي به العمل. ومثله نقل الشيخ المغربي -رحمه الله تعالى- في ثالثة حبس كبيره عن مقدمات ابن رشد وسلّمه مقتصرًا عليه.

قلتُ: والجواب عن هذا أن نازلة جوابي المذكورة لم يكن فيها تكرار لفظ الأولاد أصلاً، فانطباق المسألة التي فيها خلاف ابن زرب عليها أبْيَنُ وأظْهر، فلذا قلتُ في جوابي المذكور وبدخول أولاد البنات من غير تقييدهم بطبقات انتهاءٍ أصلا، فاعرف ذلك. وأيضا ففي النازلة التصريح بأولاد فاطمة لأنه قال: بلغيث والظريف وفاطمة وعلى أولادهم، فاعرفه.

ومنها أنّ جواب القاضي أبي الوليد -رحمه الله تعالى- المصدّر به عبّر فيه بالأبناء وبدخول الأبناء فعبّر في ذلك كله بلفظ البنوة وفيه تخصيص عن البنات وإخراجٌ لهن مع أنّ المحبس في مسألة جوابه المذكور عبّر بقوله على أعقابهما وأعقاب أعقابهما. ويمكن الجواب بأن القاضي -رحمه الله تعالى- بنى جوابه على لفظ البنوّة اتباعًا لقول السائل له، فمات الابنان ولهما بنون وبنو بَنِين فتبعه في التعبير بالبنوّة لأنها هي التي في الوجود الخارجي، تحكيمًا للفظ سائله ولم يكن في سؤاله ولا في حبسه أنثى باشَرَها لفظ المحبس وتناول أولادها، والنازلة فيها أنثى باشرها لفظه وأدخل أولادهَا بمقتضى عود ضمير الجمع في قوله وأولادهم، كما مرّ في تعقّب القاضي -رحمه الله تعالى- على ابن زرب.

ومنها مسألة سماع سحنون عن ابن القاسم -رحمة الله تعالى عليهما- في خامسة حبس البرزلي من نقل ابن الحاج إذا قال: حُبُسٌ على ابنتي وعلى ولدها فيدخل أولادها ذكورهم وإناثهم، فإذا ماتوا كان ذلك لأولاد الذكور منهم عموما ولا شيء لولد بناتها. انتهى. فهذه مشكلة مع المسألة التي خالف فيها ابن زرب وهي مسألة [47 أ] على أولادي فلان وفلان وفلانة وأولادهم. ويمكن الجواب عن هذا الإشكال بالفرق بينهما بأن هذه فيها لفظ ولدها وهو خاص بالذكور كلفظ عقبها. ومرّ عن ابن رشد: لا يَعرف صدْق الولد على الذكر والأنثى إلاّ الخاص من العلماء.

والمسألة التي فيها خالف ابن زرب فيها ضمير مستغرق للجمع المعود هو عليه، في هذا التفريق نظر لأنّ قُصارى قوله وأولادهم أن يكون كتعدد الجمل، فمعناه حينئذ وعلى أولاد فلان وأولاد فلان وأولاد فلانة فجملة وأولاد فلانة بمنزلة قوله في مسألة سحنون: على ابنتي فلانة وعلى ولدها، فتأمّلْه منصفًا. وعلى هذا فالجواب بالتفريق المذكور غير متّجه. والله تعالى أعلم.

قولي: وإن كان هذا عقدا مشاعا غير مُجزّإ من عاقده بين مستحقيّه، هذا غايةٌ لما قبله، ووجه الغاية فيه أنّ عقد الحبُس المشاع فيه خصوص آحاد المحبَّس عليهم حكمه أنّ مَن حاز شيئا فهو له، ومَن سكن فلا كراء عليه، ولا يخرج منه أحدٌ لأحدٍ. حسبما هو مصرّح به في خاتمة حبُس المختصر والشامل وابن عرفة وغيرهم. والحبس في النازلة من هذا النوع، لكن منع من اختصاص السابق بسكنى الدار ومن إخراج الطارئ عليه ما ذكرتُه في قولي: وذلك لأجل... الخ. والمعنى في هذا أنّ مَن أريد إخراجُه يصير مسْكَنه المخرج هو منه فاضلاً عن الباقي فيها.

والقاعدة في المشاع من عاقده المذكور أن الفاضل عن ساكنه لا حق له فيه فليس له منع غيره من سكناه. وأشرتُ إلى وجه آخر مانع لأحد الرجلين عن إخراجه الآخر من الدار بقولي: ولأنّ سكوت كلّ منهما. . . . إلخ، فهاذان وجْهان مانِعان للساكن عن إخراج الطارئ عليه بالسكنى المدة المذكورة في السؤال. واحترزتُ بعقد الحبُس الغير مُجْرَى مِن عاقِده من العقد المعيّن فيه حظوظ آحاد المحبس عليهم كما إذا عقده أخماسًا كحبس الزرقيين بالقيروان المذكور في الورقة الحادية عشرة ومائة من الجزء الثاني مَرَّ، أو أثمانًا كعمرى أخي عيسى المعقبة علينا أثمانا. فهذا النوع من الحبس لا يختصّ فيه الساكن بشيء سوى جزئه المعيّن من محبّسه. فإن سكن الجميع فلشركائه إخراجه ولهم عليه الكراء حسبما وقع في رسم البزّ من سماع ابن القاسم نقله الشيخ ابن عرفة في آخر ورقة من حبسه، والشيخ البرزلي في الورقة الثانية والثلاثين من حبسه، ونقلته في جواب حبس الزرقيين المذكور حيث ذكر من الجزء الثاني المذكور. ومسألة السكوت اعرفها في الورقة السابعة من تذكير الغافل وتعليم الجاهل للشيخ الجد -رحمه الله تعالى- وفي الورقة الثامنة والستين من الجزء السابع هذا مرّتْ. وذلك ينظر إلى فرع مَن باع داره بعد أن أحدث عليه فيها ضرر وحيز فلا قيام فيه للمشتري على ما به العمل. قاله الشيخ البرزلي في الورقة الثانية من ضرره قائلا: لأنه حق أسقطه لجيرانه وباع فلا قيام فيه، وفي [47 ب] الورقة العشرين منه وبه القضاء.

تنبيه، الفرق بين مسألة مالك ومسألة يحيى بن سعيد الواقعة في أول حُبُس المدونة المذكورة قبْلُ وبين ما إذا قال المحبّس: لا تدخل الطبقة السفلى مع العليا، أنّ في مسألة المدونة يدخل ولد الولد في الفاضل عن الولد المباشر للفظ المحبس. وأما مسألة ما إذا قال المحبس: لا

تدخل الطبقة السفلى مع العليا فإن ولد الولد لا يأخذ مع الولد شيئا فاضلا ولا غيره ما دام الولد باقيا.

وفرق آخر وهو أن هذا الحكم في مسألة المدونة هو في ما إذا كان ولد باشره لفظ المحبس. فلا يكون ذلك الحكم في ما بين أولادٍ وأولاد أولادٍ وكلّهم أعقاب ليس فيهم من باشره اللفظ، والذي باشره اللفظ قد مات. بل يكون الحكم فيهم القسم بالاجتهاد مطلقًا أي بين الأولاد وأولاد الأولاد. يدلّ على هذا جواب القاضي أبي الوليد -رحمه الله تعالى- في مسألة الرّحى في الورقة تلي هذه. وعند شرط المحبس الترتيب المذكور بين الطبقتين تختص الطبقة العليا بالجميع عن السفلى سواء كانت السفلى فرع تلك العليا، أي ولدٌ مع والدِه، أو كانت فرع عليا أخرى كابن أخ مع عمه -فعمه طبقة عليا بالنسبة إليه- فلا يدخل في نصيب والده الميّت مع وجود عمّه إلاّ أن يقول المحبس في حبسه: ومَن مات عن عِقبٍ قام عقبه مقامه، فهذا يدخل فيه ابن الأخ مع عمّه، لأنه يقوم مقام أبيه الميت أو يقول المحبّس مثلا إلاّ من مات عن عقب أو عن ولد فيقوم ولده أو عقبه مقامه أو نحو ذلك من العبارات. وأما أولاد الحي فلا يدخلون مع وجود أبيهم لقوله: لا تدخل طبقة سفلى مع عليا، وشَرْط رجوعهم إلى الدخول مفقود وهو قوله: مَن مات رجع نصيبه لعقبه فهذا لم يمت أصله الذي جعل له المحبس الرجوع إلى نصيبه.

الحمد لله، سألني المعلّم عبد الله الحراز وهو الآن خياط بالرَّبْع من تونس في يوم الأحد رابع عشر شهر ربيع الآخر عام واحد وألف [1001 هـ / 19 جانفي 1593 م] عن مسألته وهي: رجل ابتاع مِن رجل دارًا على الوجه الشرعي وتصرّف فيها بالسكنى والهدم والبناء المعتبريْن مدة تقرب من خمسة أعوام. ثم إنّ رجلا أخا البائع المذكور

قام على المبتاع وادعى أن له نصفا شائعا في الدار المذكورة لكونه كان مُرْتَوِكًا[1] مع أخيه البائع المذكور -على زعمه- وأراد مخاصمة المبتاع وأخْذ نسخة من رسم التبايع لما يقول فيه والحالة أن القائم المذكور عالم بعقد التبايع وبتصرف المبتاع المذكور في الدار المذكورة بما ذُكر المدة المذكورة، وهو حاضر أيضا على الهدم والبناء، وعايَنَ جميع ذلك ولا مانع له من القيام في المدة المذكورة ولا غير ذلك بوجه.

فهل يُمكّن القائم المذكور من المخاصمة مع المبتاع المذكور، ومِنْ أخْذِ نسخة من رسم التبايع المذكور أو لا مقال معه لما ذُكِر؟ وإذا قُلْتم لا مقال له فهل يُمكَّن [48 أ] من التكلم مع أخيه البائع المذكور أو يُعَدُّ ذلك حوزًا للبائع المذكور لما ذكر؟ وتكون المسألة كمسألة الشريكين المتفاوضين باع أحدهما. والسلام.

فأجبتُ بما نصّه بعد افتتاحه: إذا كان الأمر كما ذُكر بأن هذا القائم حاضر لصفْقة البيع، فسُكُوته العام ونحوه يقطع قيامه في المثمون والثّمن، واستحق البائع الثمن بالحيازة مع يمينه أنه انفرد بالدار بالوجه الذي يذكره مِن ابتياع أو مقاسمة أو نحو ذلك. فالمدة المذكورة في السؤال أحرى وإن لم يحضر لصفقة البيع ولكنه علم به في المدة المذكورة كلها، وقام الآن بعد مُضيّها فلا حقّ له إلاّ في الثمن يأخذه من قابضه. والله تعالى أعلم، وبه التوفيق.

قولي: واستحق البائع الثمن بالحيازة الخ هذا لأنّ الحيازة بالبيع نافعة مِن أيّ صنف كان أهل الحيازة. هكذا وقع في جواب للشيخ الرصاع، ومعناه سواء كانوا شركاء بإرث أو شركاء بغير الإرث أو غير شركاء. اعرف ذلك في كلام الشيخ ابن عرفة عن ابن رشد.

1) اسم فاعل المراوكة، وهي التوافق على قضية فيها خلاف من أجل مصلحة طرفي القضية. وقد يستعمل في هذا الكتاب بصيغة متراوك.

وهذا الجواب الذي أجبتُ به هنا أخذته مِن هنالك في الورقة الرابعة والخمسين من شهادات مختصره. وأشار إليه الشيخ البرزلي في الورقة الثانية عشرة من بيوعه. ونقلت ذلك كله موعَبًا في بحث الحيازات من شهادات برنامج الشوارد. واعرف ما في الورقة الثامنة والثمانين من الجزء الثالث وما في الورقة الثانية والسبعين ومائة من الرابع وما في الورقة السادسة والتسعين من الثاني ونبذة منها في الورقة الثامنة والخمسين مرّت. واعرف قيام المرأة بعد بيع أبيها وزوجها دارها ومسألة أخوين باع أحدهما دارًا بينهما من ذي سلطان يعلم شركتهما فيها، كلاهما في الورقة الثالثة والثلاثين من ترجمة المديان من البرزلي.

الحمد لله، سألني سالم بن أحمد الباجي من باجة على يديْ التاجر ساسي علوان في أواسط شهر ربيع الآخر عام واحد وألف [1001 هـ / أواسط جانفي 1593 م] عن مسألة رجل أعطى لرجلٍ ستة دنانير ونصفا نواصر على وجه الأمانة يمكنّها لأخيه، فامتنع أخوه من قبضها وقال: مالي عنده إلا قمحًا فليعطني قمحًا كيف سلَّفْتُه، فردَّ الدراهم المذكورة لربّها، فادعى رب الدراهم أنّ الأمين المذكور ما قبضها حتى قاطَعَه في القمح المذكور، فأنكر الأمين المذكور ذلك وقال: بل أعطاها لي على وجه الأمانة. فأقام عليه رب الدراهم بينة شهدتْ أنّ الأمين المذكور ما رفع الدراهم حتى قاطعه في القمح المذكور وصارت الدراهم ثمن القمح، فطلب الأمين المشهود عليه نسخة من شهادة البينة للإعذار فأبى. فهل يلزم رب الدراهم المشهود له أن يعطي للأمين المشهود عليه نسخة من شهادة البينة للإعذار أو لا يلزمه ذلك؟ والسلام.

فأجبتُ بما نصّه بعد افتتاحه: إذا كان الأمر كما ذكر فللمشهود عليه في هذه النازلة ما دعا إليه من أخذ النسخة المذكورة. [48 ب] قال القاضي البرهان -رحمه الله تعالى-: إن سأل المشهودُ عليه أن ينسخ

له شهادات الشهود فذلك له، لأنه قادر على أن يسألهم أو يذكرهم، وعزا ذلك لابن المواز في رسالة القضاء. وخلاصة القول: إن إعطاء النسخة من ذلك وسيلة إلى الإعذار ووسيلة الواجب واجبة. والله تعالى أعلم، وبه التوفيق.

قولي: في هذه النازلة، قيَّدتُ في هذه النازلة احترازا عن نازلة فيها شهود مجلس القاضي، إذا كتبوها في مجلس السماع وأدَّوْا عليها فيه فإنه لا إعذار فيهم حينئذ بالإسْفَاه وفيهم الإعذار. وعن نازلة فيها توكيل أو وفاة فإن الإعذار فيها يتأخّر إلى آخر الخصام. نقله الشيخ ابن عرفة في الورقة الثانية عشرة من وكالاته عن الشيخ ابن عتاب قائلا: كان الشأن في القديم الإعذار ثم تُرِك.

قال القاضي ابن بشير: إنما ترك الإعذار في الوكالة والوفاة لأنه لا بد أن يعذر إليه في آخر الأمر. وحسّنه القاضي أبو الأصبغ بن سهل بقوله: هذه نكتة حسنة، وسلم ذلك كله الشيخُ ابن عرفة مقتصرًا عليه كأنه المذهب، غير أنّه عزاه كما ذكر. وقول القاضي البرهان المذكور وقع في الورقة العشرين من تبصرته.

وقولي: ووسيلة الواجب واجبة، اعرف ذلك في آخر ورقة من التبصرة نقله عن الشيخ شهاب الدين كما أن وسيلة المحرَّم محرَّمَة. وهي في القاعدة الثامنة من قواعد العلل من كتاب ترتيب القواعد والفروق في الورقة السبعين منه. واعرف المسألة مرّت في الورقة الخامسة والأربعين من الجزء الثالث وفي الورقة السادسة والسبعين من هذا الجزء السابع. واعرف الورقة السابعة والأربعين ومائة من تذكير الغافل في تعريف الإعذار. واعرف في إعطاء النسخ لذلك في الورقة التاسعة والخمسين من الجزء الثاني، وفي الورقة العشرين من أقضية

مختصر النهاية والورقة السابعة عشرة من الجزء الثالث وما في الورقة الثانية ومائة من الجزء الثاني أيضا.

الحمد لله، أرسل إليّ حسين باشا بتونس مع شاوش في صبح يوم الثلاثاء سادس عشر ربيع الآخر عام واحد وألف [1001 هـ / 21 جانفي 1593 م] سؤالا وجوابه وطلب مني الجواب فيه. نص السؤال بعد افتتاحه: جوابكم عن مسألة هي أنّ رجلا اشترى دارا بمال جزيل خارج من معتاد ثمنها بمجلس الحكم الشرعي. واعترف المشتري بمعرفة بئرها وماجِنِها[1] ومرحاضها وسائر منافعها. وأنه قَبِلها ورضِيَها ثم بعد انعقاد البيع أخبره مخْبِر من جيرانها بفساد بئرها، وأن مالكها الأول عجز عن إصلاحه مع كثرة ما بيده مِن سعْي الدنيا. فرفع أمره حينئذ لمن يجب وطلب منه النظر في قضيته بواجبَ الشرع فوجَّه معه أرباب البصر المعينين للنظر بتونس فنزلوا البئر واختبروه [49 أ] فوجدوه منهدمًا متهوّر الأساس بحيث لا يمكن إصلاحه لعدم صحة أساس أرضه وقرب عمود النجاسات منه واتصالها به وعسر قطعها منه. وشهدوا بذلك لدى مَن يجب. فعقد الشيخ القاضي المذكور لذلك مجلسا بأهل العلم وأطلعهم على النازلة وكتب لهم سؤالا بصورة النازلة، فأجابوا بفسخ البيع ورد الدار على بائعها بذلك وحكم القاضي بذلك وأشهد على نفسه بذلك عدلين من عدول تونس. ثم باعها بائعها الأول لمشترٍ آخر بنحو نصف الثمن الأول وسلّمها لمشتريها في حكم ملكها منذ مدة. فقام الآن مَن ناب عن ورثة مالكها الأول نيابة شرعية وأراد تعقّب الحكم المذكور وإبطاله وتصحيح البيع الأول وقبض الثمن. ورفع أمره في ذلك لمن ولاه الله أمر المسلمين حين التاريخ وطلب منه ذلك. فهل

1) الماجن هو الماجل. وورود الكلمة بالنون مطابق لما ينطق به أهل تونس.

الحكم المشار إليه صحيح نافق لا يُتعقَّب بما ذُكر، أو يُنقض الحكم المذكور ولا يحترم ويلزم المشتري الأول ثمنها الأول ولا ينفعه ما ذَكر؟ والسلام.

ونص الجواب: وعليكم السلام ورحمة الله تعالى وبركاته. الحمد لله، إذا كان الأمر كما ذكر وثبت الحكم بواجب الثبوت مستوفيا لشرائطه كما يجب فالحكم صحيح ولا ينقض. والله تعالى أعلم، وبه التوفيق. وكتبه عبيد الله سبحانه علي بن محمد عبيد -وفقه الله ولطف به-. وكتبتُ تلوه ما نصه: الحمد لله، ما وقع الجواب به أعلاه عن هذه النازلة من صحة الحكم المذكور إذا ثبت مستوفيا لشرائطه ومبانيه كما يجب بمثله أجيب. والله تعالى أعلم، وبه التوفيق.

تذييل: قيَّدتُ جوابي هذا بهذه النازلة أي النازلة المذكورة في سؤالها المذكورة ألفاظها المعبّر بها عنها فيه احترزتُ به عن نازلة فيها ألفاظ ومعان أُخَر. فإذا كان في النازلة ألفاظ ومعان أخر غير ما تقيّد في هذا السؤال فإن جوابها إذ ذاك مرتّب على تلك الألفاظ والمعاني الأُخَر ولا يكون جوابها إذ ذاك هذا الجواب الواقع هنا مرتبا على الألفاظ المذكورة في هذا السؤال. وحاصله: لفظ الفتوى ومعانيها دائرة مع ألفاظ سؤالها ومعانيه وجودا وعدما ولا تدور على ألفاظ ومعان خلا سؤالها عنها. وهذا القيد كثيرا ما أستعمله في أجوبتي وإذا لم أذكره لفظا في بعضها فالمعنى عليه والقصد إليه في النية والإرادة ولو لم أصرح[1] به. والواجب التصريح به وإن كان المعنى عليه فساد الزمان وأهله وظنونهم الفاسدة وتحيّلهم بترقيق السؤال إلى أغراضهم وتحريفهم أسئلتهم إليها. فإذا خرج لهم جواب المفتي مطلقا غير مقيّد بما قيّدنا، فربما ظهرتْ معان

(1) بالأصل: نستعمله... نذكره ... نصرّح . وهي من الاستعمالات العامية، والإصلاح مقترح.

أخر في الخارج حفت بالنازلة تجب مراعاتها ودوران الحكم معها شرعا. فإذا أبدى المفتي ذلك وقاله شنّع عليه صاحب السؤال الأول الذي وقع المفتي جوابه فيه غير مقيّد مثلا وشنّع عليه معه من يؤنسه من فقهاء الزمان. ويغرّونه في جهة المجيب المفتي بقالٍ وقيلٍ محرم مؤذٍ [49 ب] ليوقعوه بذلك في مَهَامِه يعسر الخلاص منها. فإذا كانت هذه شنشة ذوي هداية العامة فما بالك وأقلّ الممكنات إيقاع الظنون الفاسدة بالمجيب ولطْخه، كحمْله على أنه رجع عن ما كتبه في جوابه لغرض فاسد يظنّه به الظّانُّون ويوشي به الواشون. وإن تغافَلَ المجيب عن مراعاة المعاني التي ظهرت في الخارج حافة بالنازلة ولم يُبْدِ لها اعتبارا خوفا من ذلك التشنيع والقال والقيل المذكوريْن. وقع في مهلكة مع الله تعالى في سكوته عن حق. وفي رؤيته إعمال فتواه المطلق في نازلة مقيدة غير مطلقة. فللخوف من الوقوع في إحدى المهلكتين احتجتُ إلى التصريح بهذا القيد المذكور لأجل هذه المفاسد، وفرارًا من الوقوع في إحدى المهلكتين الناشئتين عن عدم التصريح بالقيد. وتَحْدثُ للناس أقضيةٌ بقدر ما أحدثوا من الفجور.

وقد قال الشيخ عز الدين بن عبد السلام -رحمه الله تعالى- في أثناء جوابه عن القيام للداخل ما نصه: لله أحكام تحدث عند حدوث أسباب لم تكن موجودة في الصدر الأول، انتهى. وسلّمه الشيخ البرزلي في الورقة الرابعة والثلاثين من الجامع ولم يتعقبه بحالٍ مع مشيه في ألفاظ فيه. ونحوه في الورقة الثامنة والستين ومائة من ترتيب القواعد والفروق، وفي الورقة السادسة والتسعين ومائة منه.

ومن ترقيق الأسئلة إلى أغراضهم وتحريفهم أسئلتهم إليها ما وقع في هذا السؤال. فإن مُنْشئه الذي دفعه للمرسل به إلينا لطلب جوابنا عنه بناه على مقتضى غرضه حيث اقتصر فيه على مجرّد الإشارة إلى

اعتراف مشتري الدار وهو خليفة كديلة، والإشارة إلى فتوى من أفتاه ببطلان الاعتراف وفسخ الشراء دون أن يذكر نسخة من الاعتراف ولفظ الفتوى بسندها علمًا منه بأنه لو ذكر ذلك لفظا وسندًا لخرج له الجواب ببطلان وثيقة العيب وفساد الفتوى وبطلان الحكم المبني عليها. لأني كنتُ قرّرتُ له جميع ذلك إذ سألني عنه من لفظه وقت كونه في النيابة أيام قاضيه الحاكم وبيّنتُ له وجهه على حسب ما سنذْكُره بعد تعليقًا على نسخها.

فلما أن حصل في مخيلته ما كنتُ شافهتُه به من أن الاعتراف يوجب بطلان القيام بالعيب كيف كان وبطلان الفتيا كان ذلك الحاصل حاملا له على ارتكاب ما ارتكب من التّعْمية والتّغْطية من حذف النسخ ومن الاقتصار في السؤال على الإشارة إليها بحذف ما يخالف غرضه ليحصل له بزعمه الفاسد وتخيُّلِه الكاسد بناء جوابنا على لفظ سؤاله ولا نتعرض بالتشقيق على ما لم يذكره في السؤال من ألفاظ الاعتراف. وسند الفتوى لعلمه بأن المفتي إنما يفتي على لفظ السؤال أو يبني فتواه على ما في عِلْمه مما يخالف لفظ السؤال الذي طلب بالجواب فيه.

فلهذه العلة أيضا قيّدتُ جوابي المذكور هنا بهذه النازلة -أي النازلة المقيدة بألفاظ هذا السؤال- لأن النازلة المعيّنة إنما تُعلم من ألفاظ سؤالها [50 أ] فألفاظ سؤالها هي التي يرتب المفتي جوابه عليها، فمهما ظهرت ألفاظ أخر بمعانٍ أخر فلا جرم يكون جواب هذه مرتبًا عليها ترتيبًا آخر على ما تقتضيه الألفاظ والمعاني التي تظهر، وينفضح غرضه في ما ارتكب بجلب نسخة الاعتراف ووثيقة العيب والسؤال وفتواه والكلام عليها وتقرير ما اشتملت عليه.

فنقول: نصّ رسم الاعتراف بعد افتتاحه: التزم خليفة بن محمد كديلة شراء جميع الدار الشرقية الباب بقرب حارة الكرام المعروفة

بالحاج دخيل من وكيله التاجر رمضان المجيدي بألف دينار واحد نواصر ودينار واحد نواصر، بعد اعترافه بالرؤية والتقليب والإحاطة ومعرفته ببئرها وماجِنها وعمودها وقرب الكوشة منها. بحيث إنه لم يخْفَ عليه شيء من ذلك ورضي بجميع ذلك وعلمه شهد على إشهاده بذلك وهو بمجلس الحكم الشرعي في حالته الجائزة صبيحة يوم الأحد خامس عشر الحجة عام ثمانية وتسعين وتسعمائة [998 هـ / 15 أكتوبر 1590 م] بتقرّر التعريف به كما يجب أحمد بن محمد المسراتي. وممن يشهد بمضمون الرسم المقيد أعلاه في تاريخه المقيد أعلاه بالمجلس المذكور التاجر الصغير الباجي والتاجر عبد الرحمان بن بالطيب القائدي والتاجر المنتصر ابن القائد أحمد غمراسن. وعلى أسمائهم علامة الأداء بالقلم الحكمي مثالها شهد.

ونص وثيقة العيب بعد افتتاحها: يقول مَن يشهد بعد: توجّهتُ باستدعاء ممن يجب إلى رؤية البئر التي بالدار الشرقية الباب بمقربة من حوانيت الفار خارج باب الجزيرة من تونس، وتُعرف بالحاج دخيل معرفة تُغنِي عن تحديدها، وهي التي في ما ذكر اشتراها خليفة كديلة منذ أربعة أيام فارطة عن تاريخه فاختبرتُ البئر المذكورة كما يجب فوجدْتُها منهدمة من النصف الأسفل منها، ومن ثلثها الأسفل وممّا يلي الماء هدمًا فاحشًا وبها النقطة من عمود الأتفال من قبليّها وشرقيها وقليلة الماء مفتقرة للتنكيس والبناء والإصلاح افتقارًا تاما. ولا يمكن إصلاح البئر إلاّ بعد نقض الطيّ كله. وشهد بذلك هنا يوم الثلاثاء سابع عشر ذي الحجة الحرام عام ثمانية وتسعين وتسعمائة [998 هـ / 17 أكتوبر 1590 م] انتهى.

ونص السؤال بعد افتتاحه: جوابكم بعد تأملكم نسخة الرسم الأول وشهود الاسترعاء بمجلس الحكم بعده والحالة أن الرجل المشتري

المذكور أعلاه وجد بئر الدار المذكورة على الحالة المشهود بها أعلاه، فهل ما شُهِدَ به في البئر عيبٌ يوجب الردّ ولا يدافعه نسخة السجل وما أشهد به المشتري المذكور من الرؤية والتقليب ومعرفة البئر أولا يُقبل منه ذلك والقضاء عليه باعترافه بما في السجل المذكور؟ جوابكم، والسلام.

ونصّ الجواب بعد إفتتاحه: إذا كان الأمر كما ذكر فالعيب المذكور عيب يوجب الرد ويُخيّر المشتري في ذلك. قال القاضي ابن عبد الرفيع -رحمه الله تعالى-: وإذا كان بئر الدار زعاقا رُدَّتْ به، وهو عيب إذا لم يكن يستحيل للمرارة وكذا إذا كان طيّ البئر قد وَهَى [50 ب] للإلقاء -يعني للسقوط- ردّت به إذا كان لا يُقَدَر على إصلاحها إلاّ بنقض الطي كله. نقله ابن الدامي في وثائقه، ولا يعارضه نسخة السجل المذكورة، لأن معرفة البئر معرفة مجملة والمجمل لا يقضي على المفصّل ولا يُحكم به. والله أعلم، وبه التوفيق. وكتبه أحمد بن محمد المسراتي. وبطرّته عَطَفَ الحاج سالم النفاتي ثم عطف الفقيه قاسم المقوزي، انتهى.

ولنتكلم على هذه الأصول المنسوخة فنقول: أما رسم الاعتراف فقد تضمن الشهادة على خليفة المشتري باعترافه بمعرفة بئر الدار وبما عُطِف عليه. فمعرفة اسم جنس أضيف إلى معرفة وهو الضمير. واسم الجنس هو ما وضع للماهية من حيث هي أي لا بَقيْد وهو معنى المطلق. فلما أن أضيف صار دالاً على العموم لصِدْقِه على القليل والكثير بلفظ واحد، وهذا شأن المصادر. فدخول العموم فيه من الإضافة لأن القاعدة أن اسم الجنس إذا أضيف كان للعموم. قاله الشيخ شهاب الدين -رحمه الله تعالى- في شرح مختصر المحصول له. كما أنّ المفرد المضاف إلى معرفة للعموم على الصحيح كقوله تعالى ﴿فليحذر الذين يخالفون عن

أمره﴾[1] أي كل أمرٍ لله تعالى لكن خصّ منه أمر الندب وبقي على عمومه في ما سواه. فيعم معرفة علم وخبره ومعرفة رؤية ومعاينة ومعرفة سماع ممن أخبره بصفاته وما هو عليه وغير ذلك. وأردف شاهد الاعتراف بوصف معرفته بالحيثية المضافة فقال: بحيث إنه لم يَخْفَ عليه شيء من ذلك. فيخفى فعل وقع في سياق النفي يعم جميع أنواع المخفيات بنفي الخفاء عنها.

قال الشيخ أبو العباس أحمد حلولو في بحث العام من مختصره الأصولي ما نصه: الفعل في سياق النفي أو في سياق معنى النفي مثل ما أكلتُ وإن أكلتُ عامٌ في مفعولاته عند المالكية والشافعية، انتهى. وقوله: شيء، هو نكرة في سياق النفي وقع بعده مجرور في موضع الصفة وعامله محذوف وجوبا. والإشارة في قوله: من ذلك عائدة على المعروفات الأربعة قبله، أي لم يَخْفَ عليه شيء كائن من ذلك المذكور وهو البئر والماجن والعمود وقرب الدار من الكوشة. وهذه الأربعة هي متعلقات معرفته. ففي هذه الجملة صيغة عموم في الفعل المنفي وصيغة عموم في النكرة في سياق النفي، شهد بهما على المشتري شهودُ الاعتراف بمجلس الحكم. ومدلول العام إمّا كلّية بحسب الحكم أي محكوم فيه على كل فرد فرد مطابقة إثباتا أو سلْبًا. وهي طريق الشيخ تاج الدين في الجمع ومَن على قَدَمه. وإمّا كلي أي القدر المشترك، فهو لفظ وضع لمعنى كليّ بقيد تتبّعه في محالّه أي في جزئياته بالحكم. وهي طريقة الشيخ شهاب الدين في شرح مختصر المحصول. فقيد التتبع بالحكم في هذه العبارة هو معنى محكوم فيه على كل فرد فرد في العبارة الأولى فافهمه. ولا فرق في عموم النكرة بين دخول النفي عليها نفسها ودخولها على ما هو متعلق بها، قاله في شرح مختصر

1) القرآن: النور 63.

المحصول فاعرفه فيه. فالأول نحو لا رجل في الدار، والثاني نحو لم يجئْني أحد.

وقوله: لم يَخْفَ في النازلة [51 أ] من الثاني فاعرفه. وعلى هذا فلا يصحّ إطلاق كون هذا الاعتراف مجملاً بوجه، لما فيه مِن صيغ العموم المذكورة، والقاعدة أن « قلْبَ الحقائق مُحال » قاله في جواب السؤال العاشر من كتاب الأحكام. ولقول الشيخ شهاب الدين أيضا -رحمه الله تعالى- في الفصل السادس من الباب الأول من شرح مختصر المحصول ما نصّه: صيغة العموم مسمّاها واحدٌ ولا إجمال فيها. قاله بعد أنْ قرّر أن مدلوله كلي بقيد تتبعه في مَحالّه بالحكم بمعنى واحد، أي كلّي مفهوم واحد بقيد التتبع المذكور في مَحالّه التي هو مشترك بينها حسبما صرح به في تعريفه إياه.

واحترز بذلك عن الموضوع للكلّ أي للمجموع من حيث هو مجموع، أي الكل المجموعي وهو أسماء الأعداد. ومنه كلّ رجل في القرية يحمل الصخرة العظيمة. وأردف شاهد الاعتراف بقوله: ورضي بجميع ذلك وعلمه فهذا تصريح بتعلّق علمه بجميع ما أشار إليه بقوله ذلك وهو البئر والماجن والعمود وقرْبُ الكوشة وتصريح بتعلّق رضاه بجميع ذلك، وجميع مِن صِيَغ العموم نصًا فيه في ما أضيف إليه وأضيف إلى معرفة وهو اسم الإشارة العائد إلى البئر والماجن والعمود وقرب الكوشة، فأكسبتْه الإضافة المذكورة عمومًا فيها، فاعرف ذلك.

تنبيه، انظر -رحمك الله تعالى- لفظ الاعتراف الذي ذكرتُ لفظه هنا وشرحتُه، وراجعْ لفظ السؤال المصدّر به وهو الذي أجاب عنه الصاحب أبو الحسن علي وعطفتُ على جوابه لِتَعْلَم من ذلك أيْ من لفظ الاعتراف ومن لفظ السؤال أن منشئ السؤال عبّر بقوله: واعترف

المشتري بمعرفة بئرها، فأخرج المعرفة عن إضافتها للضمير وذلك مخالف للفظ الاعتراف وترك قوله: ومعرفته، الواقع في لفظ الاعتراف المنسوخ وحذف جملة قوله بحيث إنه لم يخْفَ عليه شيء من ذلك ورَضِي بجميع ذلك وعلمه. وهذا التعبير والحذف المذكوران حمَلَ مُنْشئ السؤال على ارتكابهما التحيّل لغرضه أن يكون جوابنا عن سؤاله المصدّر به الذي هو موضع الحذف المذكور موافقًا لهواه لئلا نطّلع في سؤاله على صيغ العموم المنافية للإجمال والمانعة للمشتري عن القيام بالعيب المشهود له به في وثيقته. فإنا لم نطلع على الأصول المنسوخة إلاّ بعد إيقاع الجواب المذكور في سؤاله المصدّر به المذكور، فكان غاية ما احتطنا به للفرار من تحيّلاتِه أن عاقنا صحة الحكم المسؤول عنه في استيعابه لشرائطه ومبانيه. وقيّدنا جوابنا هذا بهذه النازلة المحكية ألفاظها في السؤال لتخرج ألفاظ تخالفها كألفاظ العمومات المذكورة عن أن ينطبق عليها جوابنا المذكور. وقد قررنا ذلك في صدر هذا التذييل على الجواب بما لا مزيد عليه.

فائدة، القاعدة العقلية أنّ « الدالّ على الأعمّ غير دالّ على الأخصّ» ذكرها في القاعدة الثالثة من قواعد العموم والخصوص من ترتيب القواعد والفروق في الورقة الخمسين منه، وفي المسألة الثالثة من القاعدة الثالثة من قواعد الخبر منه في الورقة الرابعة [51 ب] والستين منه. وذكرها في أول الفصل الثاني من باب القياس من شرح مختصر المحصول لمؤلفه. وعلى هذه القاعدة يُشْكِل أخذ حكم فرد خاص من أفراد هذه العمومات المذكورة في رسم الاعتراف المذكور كالهدْم الخاص في البئر فإنه مِن أفراد صفات البئر التي تعلق بها عموم المعرفة مثلا. فتناوُل المعرفة إياه من باب دلالة العام على الخاص، والقاعدة أنه لا يدلّ عليه فلا تدلّ الألفاظ العامة المذكورة على تناولها لواحد خاص من

آحاد العيوب المشهود بها في وثيقة العيب. فكيف تستدل بالعموميات المذكورة عليها بخصوصياتها؟

قلنا: نُجيب عن ذلك بعد تمهيد أصلٍ وهو أن اللفظ العام لا بد أن يراعى فيه تتبع أفراده في محالّها بالحكم، فهذا الفصل وهو قيد التتبع ذاتي له جزء فيه. أدخله الشيخ شهاب الدين في تعريفه في ما مرّ من النقل عنه. وقول الشيخ تاج الدين: مدلول العام كلية أي محكوم فيه على كل فرد فرد هو معنى قيْد التتبع لأفراده في محالّها بالحكم بعد أن عرّفه بقوله: العام لفظ يستغرقُ الصلحاء له من غير حصْر. ووقع في أول باب العمومات من شرح مختصر المحصول لمؤلفه ما نصه: المعهود من صيغة العموم أنها تقتضي ثبوت حكمها لكل فرد من أفرادها أمرًا ونهيًا وثبوتًا ونفيًا ولا يختلف الحكم في شيء من الموارد، انتهى.

وهذا كله دليل أخذ العلماء قديما وحديثًا أحكام الصور الجزئية من عمومات الكتاب والسنة، وبطون مصنّفاتهم الفقهية محشوة بذلك، بل قد صرّح الشيخ ابن عرفة -رحمه الله تعالى- في آخر مسألة من غصب مختصره بأن إطلاقات المدونة بمنزلة العموم. فإذا كان اللفظ إذا أطلق ولم يقيد بِقيْدٍ ما يكون بمنزلة اللفظ العام ويعطى حكم العموم فما بالك باللفظ الموضوع للعموم كاسم الجنس المضاف والمفرد المضاف إلى معرفة والنكرة في سياق النفي أو الشرط؟ وجميع الذي هو نص في العموم كلفظ كل ومن ذلك بحث العام الوارد على سبب خاص في حمله على عمومه لا على خصوص سببه. وهل يُفهم قولهم: يُحمَل على عمومه دون خصوص سببه إلاّ بأن يكون متناولا لصورة السبب وغيرها من مَحالّه كلّها وجزئياته لا لصورة السبب خاصة دون غيرها من صور مَحالّه. ومَن قال: يُحمل على خصوص سببه خاصة صيّرَه لا عموم فيه لسائر الأفراد الصالح هو لها.

قال القاضي أبو الوليد بن رشد -رحمه الله تعالى-: قول مالك -رحمه الله تعالى- وغيره من العلماء في العام الوارد على سبب خاص إنه محمول على عمومه وهو الصحيح عند أهل الأصول، وهو اختيار القاضي إسماعيل وغيره من العراقيين، فيصحّ الاستدلال به. هكذا نَقَل عنه الشيخ ابن ناجي في عاشرة وديعة كبيره وللشيخ أحمد حلولو في مختصره بأن المشهور عن مالك والصحيح حمله على عمومه لا على خصوص سببه.

إذا تمهّد هذا الأصل فالجواب عن صحة القاعدة العقلية المذكورة [52 أ] مع صحة الأصل المذكور هو ما قاله الشيخ شهاب الدين- رحمه الله تعالى- في الفصل السادس من الباب الأول من شرح مختصر المحصول له بعد أن أورد النفض على دلالة العام على الخاص بتتبع أفراده بحكم العام بالقاعدة المذكورة وأجاب بقوله: إن دلالة العام على الخاص لم تأتِ من اللفظ وإنما أتتْ من جهة حصر الواقع المسمّى لذلك الأخص، كدلالة لفظ الضمير فإنه وُضع بازاء معنى عام ويدلّ الواقع على أن مسمى اللفظ محصور في شخص معيّن. فدلالة اللفظ عليه لانحصار مسماه فيه من دلالة الواقع لا للوضع بإزائه. فإذا قال: أنا فهم هو أنه لم يقل هذه اللفظة الآن إلاّ هو ففهمناه لانحصار المسمّى فيه لا للوضع بإزائه، انتهى مختصرا.

وأما وثيقة العيب فإنها ساقطة عن درجة الاعتبار، لأن العيب كيف كان وعلى أي نوع كان، هو قد دخل عليه خليفة المشتري المذكور ورَضِي به بالغًا ما بلغ وكائنًا ما كان وعلى أي نعْت كان، لقول شهود الاعتراف ومعرفته ببئرها وماجلها وعمودها وقرب الكوشة منها. بحيث إنه لم يخْفَ عليه شيء من ذلك، ورضي بجميع ذلك وعلِمَه. فهذه الصيغ الدالة على عموم اطلاعه على المرئيات الأربعة المذكورة التي

اعترف بأنه لم يخْفَ عليه شيء منها اقتضتْ نصًّا تناولها لكل عيب يثبت في هذه الأربعة. ودخول العيب تحت ذلك العموم تحكيمًا للفظ العموم، كما دخل كل عيب تحت قوله: ورضي بجميع ذلك وعَلِمَه، فكل عيب يثبت بالغا ما بلغ فقد تناوله لفظ جميع ودخل تحته تحكيما لهذا العموم الحاصل من صيغ العموم التي اعترف بها في شهادة شهود المجلس ومنهم مفتيه الأول من الثلاثة. فلا قيام حينئذ لخليفة كديلة المشتري المذكور بوثيقة العيب المذكور ولا بغيره من العيوب التي يثبتها بالأماكن المذكورة الأربعة أصلاً لاقتضاء صِيَغ العموم دخوله على ذلك كله ورضاه به.

وأما جواب الفتيا التي اعتمدها في الحكم المذكور فلا كلام فيه من حيث قوله: إن وثيقة العيب وردّ الدار به لا يعارضه نسخة السجل لأن معرفة المشتري بالبئر معرفة مجملة، والمجمل لا يُقضَى به على المفصَّل ولا يُحكم به والكلام عليه في ثلاثة أطراف.

الطرف الأول في قوله: معرفة المشتري بالبئر معرفة مجملة وهذا كلام لا يساوي سماعه لأنّا قد قدمنا أن لفظ معرفته اسم جنس أضيف، لأنه من المصادر وحكمه كالمفرد المضاف إلى معرفة. والقاعدة أن كل واحد منهما للعموم، والقاعدة أن « صيغة العموم تقتضي ثبوت حكمها لكل فرد من أفرادها أمرًا ونهيًا وثبوتا ونفيًا ولا يختلف الحال في شيء من مواردها » حسبما مرّ تقرير القاعدتين من كلام الشيخ شهاب الدين وغيره بما لا مزيد عليه. والقاعدة أنّ « صيغة العموم لا إجمال فيها » حسبما مرَّ من قول الشيخ شهاب الدين أيضا. وقد تأكد الحكم الحاصل من لفظ معرفته المضاف بعموم أقوى وهو قوله: بحيث لم يخْفَ عليه شيء من ذلك، وقوله: ورضي بجميع ذلك وعَلِمه [52 ب] فهذه عمومات صريحة لا إجمال فيها وإنما فيها الاستغراق لما دلّتْ عليه

من تتبع أفراد ذلك العموم بالحكم وتناوله إياها، لأنّ مدلوله محكوم فيه على كلّ فرد فرد. ومرَّ تقرير ذلك كله ولا إجمال حينئذ في مدلوله لأنه مقصود به تتبع أفراده في محالّها بحكمه.

وقد قررتُ ذلك كله تقريرًا شافيا. ولي أن نشير الآن إلى نبذة في تحقيق ذلك فنقول: كيف تكون صيغة العموم مجملة وهي ليست بلفظ مشترك ولا بلفظ متواطئ ولا بلفظ مشكّك. ولو كانت صيغة العموم من باب المشترك أو غيره لتداخلت الحقائق وانقلبت، وأنه مُحالُ، صرّح بمُحَالِيته الشيخ الشهاب في جواب السؤال العاشر من الأحكام وقد مرّ، كما مرّ قوله: صيغة العموم لا إجمال فيها. والقاعدة أن ما أدّى إلى المحال أوْلَى بأن يكون محالا.

فلنتكلم على كل حقيقة من هذه الحقائق ليتبين من ذلك أنّ المجمَل هو المشترك منها أو المتواطي والمشكك لا العام. أما العام فلفظٌ وُضع لمعنى كلي بقيْد تتبعه في محالّه بالحكم، كالمشركين فاستغراقه لأفراده بالحكم ذاتي له. وفي جمع الجوامع: هو لفظ يستغرق الصالح له من غير حصر. ثم قال: ومدلوله كليّة أي محكوم فيه على كل فرد فرد مطابقة إثباتا أو سلبا لا كلّ ولا كلي. فقوله: لا كل يعني لا المجموع من حيث هو مجموع أي الكل المجموعي. وقوله: ولا كلي، فيه بحث مع الشيخ شهاب الدين صاحب العبارة الأولى بعد اتفاقهما مَعًا على أن أفراده ومَحَالّه واحدًا واحدًا مقصود فيه تتبعها بحكمه أمرًا أو نهيًا أو إثباتًا أو نفيًا، كما مرّ. وحاصله ما قاله بعض الشيوخ: هو الموضوع للحقيقة باعتبار شمولها لأفرادها الخارجية، انتهى. وذلك مثل قوله تعالى ﴿وافعلوا الخير﴾[1] في الواجب والمندوب وجزئيات كل نوع منها.

1) القرآن: الحج 77.

وأمّا المشترك فهو لفظ موضوع لمعانٍ متعددة بأوضاع متعددة كالعين وُضع للباصرة ووُضع للجارية ووُضع للذهب وغيرها بأوضاع متعددة. فإذا أطلقت لفظ العين قيل هذا مُجْمل لأنه مشترك متردّد بين احتمالين فصاعدا حتى يفسّر بأحد المعاني التي وُضِع هو لها فينصرف حينئذ إلى ما فُسّر به، وليس القصد منه استغراقها.

وأما المتواطئ فهو لفظ وُضع لمعنى كليّ مستوفٍ محالّه كالرجل وكالجنس والنوع، قاله الشيخ شهاب الدين. زادا الكاتبي في الرسالة: غير مشخّص، فقال: هو اسم معناه واحد غير متشخّص.

وأما المشكّك فهو لفظ وضع لمعنى كليّ متفاوت في محالّه كالبياض في الثلج والعاج. وزاد في شرح مختصر المحصول لمؤلفه: قيد المعاني الموضوع لها في المشترك بالمختلفة. وقيد المحال في المتواطئ بالمتماثلات، فاعرفه. ووقع في كتاب جمع الجوامع ما نصه: اللفظ والمعنى إن اتّحدا فإن منع تصور معناه الشركة فجُزْئي وإلاّ فكليّ. والكليّ متواطئ إن استوى، مشكّك إن تفاوت، وإن تعدّد فمتباينٌ، وإن اتّحد المعنى دون اللفظ فمترادف، وعكسه إن كان حقيقة فيهما فمشترك وإلاّ فحقيقة ومجازا. انتهى ما يمسّ منه.

وأما المجمل فهو اللفظ الدائر [53 أ] بين احتماليْن فصاعدا. إما بِسبب الوضع وهو المشترك فإنه لفظ وضع لمعانٍ متعدّدة بأوضاع متعدّدة. وإما من جهة العقل كالمتواطئ والمشكّك بالنسبة إلى الجزئيات الصادق عليها مسمَّى اللفظين الكلّيّ فالمجمَل أعم من المشترك عموما مطلقا. فكل مشترك مجمَل ولا ينعكس عكسا كليا بل جزئيا، إذ ليس كل مجمل مشتركا بل بعضه مشترك وبعضه متواطئ وبعضه مشكك. هذا حاصل كلام أول الباب الثاني عشر من شرح مختصر المحصول.

وله في الفصل السادس من الباب الأول أنّ المشترك هو المجمل، وأما اللفظ الموضوع للكليّ المشترك فليس بمجمل. ثم ذكر أن المتواطئ والمشكك كلّ منهما موضوع لمعنى كلي مشترك فانظره.

وحاصل ما ذُكر أن اللفظ المجمل على الحقيقة إنما هو ما تردّد بين احتمالين فصاعدًا أيهما يراد بالحكم المحكوم به على اللفظ المجمل. وأما العام فكل واحد من أفراده ومَحاله مراد بالحكم المحكوم به على اللفظ العام حتى يتناولها كلها ذلك الحكم، فكيف يكون فيه الإجمال أي التردّد المذكور؟ فظاهر من هذا أن في العام طريقتين الأولى للجمع ومَن على قدمه أن مَدْلولَهُ كلية أي محكوم فيه على كل فرد فرد حتى لا يبقى فرد إلاّ تناوله حكم العام.

والثانية للشيخ شهاب الدين ومَن على قَدَمِه أنّ العام لفظ وضع لمعنى كلّي بقيد تتبعه في محالّها بالحكم المتسلط على ذلك اللفظ. فبالوضع الكلي -أي على الاتحاد- يخرج المشترك وبقيد التتبّع في محالّه بالحكم يخرج المتواطئ والمشكك فإن حكمها لا يتتبع في محالّها حتى يفسّر إجماله وإلا تداخلت الحقائق وانقلبتْ، وهو مُحالٌ على أنه قد صرح الشيخ شهاب الدين في الفصل السادس من الباب الأول من شرح مختصر المحصول له بأنّ صيغة العموم مسمّاها واحد ولا إجمال فيها، فاعرفه فيه، ومرّ نقله عنه. وأراد بالواحد المعنى الكلي الموضوع له اللفظ، لأن الكلي يوصف بالوحدة، فاللفظ موضوع لكليّ واحد مشترك أي للقدر المشترك، واللفظ نفسه ليس بمشترك. وفي جعله في الجمع العام من باب الكلية نظرٌ، لقوله بعد ذلك والعام المراد به الخصوص لا يُراد عمومه بل هو كليّ استُعمل في جزئي، فهذا رجوع منه إلى أن مدلول العام كليّ لا كلية.

ويُمكن أن يجابَ عنه بأن المراد بالكلية بحسب الحكم لقوله ومدلول كلية أي محكوم فيه على كلّ فرد فرد، ألا تراه فسّر الكلية باستغراق الحكم للأفراد فيرجع على هذا إلى طريق الشيخ شهاب الدين في قوله: بقيد تتبعه من محالّه بالحكم، فتدبّرْه.

والطرف الثاني في قوله: والمجمل لا يَقضي على المفصّل.

والطرف الثالث في قوله: ولا يُحكم به. وجواب هاتين الجملتين واحد وهو أن نقول هما إمّا غلطٌ من هذا المفتي وإمَّا مغالطة لأن ما قرّرته في الطرف الأول من بطلان الإجمال في ألفاظ العموم مطلقًا ومنها ألفاظ خليفة الواقعة في اعترافه عُلِم منه بطلان هاتين الجملتين. وبيانه أن نقول: إذا بطل الإجمال بطلَتْ خواصّه التي [53 ب] منها عدم القضاء به على المفصّل وعدم الحكم به بناء على القاعدة وهي أنّ الحقيقة إذا بطلتْ بطلتْ بوصفها الأخصّ ووصفها الأعمّ بناء على أنّ خواص الحقيقة كأجزائها في الوجود والعدم، قاله في الورقة الخامسة والسبعين من التذكير، وأجرى على ذلك مسألة الطرر إذا كتب على نفسه ذكْر حقّ بقوله: في ذمة فلان يعني نفسه لفلان كذا وشهادته فيه بطل ولا يلزمه شيء لا من جهة الشهادة ولا من جهة الإقرار والخبر. وسلمه شيخه البرزلي مقتصرا عليه، انتهى.

وحاصله أن كون المجمل لا يقضي على المفصّل ولا يُحكم به، كلاهما وصفان له مرتّبان على تحققه في نفسه وهو في نفسه غير متحقق في ألفاظ العموم ولا ثابت فيها بل هو باطل على ما مرّ ذكره في الطرف الأول وفي تقرير رسم الاعتراف. ولا يقول بالإجمال فيها إلاّ غَبيّ لا يعرف الحقائق، يسمع ألفاظها فيطلقها في غير موقعها من تحريف الكلم عن مواضعه، وهذا معلوم ممّا مرَّ.

ولنرجع إلى بقية التذييل على جوابي المذكور، فقولي: الجواب بصحة الحكم المذكور إذا ثبت مستوفيًا لشرائطه ومبانيه -كما يجب- بمثله أجيب، معناه أجيب بصحة الحكم إذا استوفى شروطه ومبانيه على ما يجب مفهوم الشرط أنه إذا لم يستوف ذلك فلا أجيب بصحته بل ببطلانه. وإنما كان مفهوم الشرط البطلان مع أن المعلوم أن الثابت في المفهوم النقيض، ونقيض الصحة لا صحة، لأن لا صحة مساوٍ للبطلان، والمُساوي يتنزّل منزلة مُساويه والبطلان هو الفساد. قال في الجمع: الصحة موافقة ذي الوجهين الشرعَ، ثم قال: ويقابلها البطلان وهو الفساد. وتبعه على هذا الشيخ أحمد حلولو في مختصره.

قال الشيخ الجد -رحمه الله تعالى- في جواب الاعتذار الخامس عشر في الورقة الثامنة والأربعين ومائة من كتاب تذكير الغافل وتعليم الجاهل ما نصّه: حكم الحاكم يرجع إلى إلزام الحكم الشرعي المرتب على سببه الموجود، وحكم الحاكم سببه بيّنة تشهد بوجوب السبب الشرعي أو إقرار بحصوله. ثم قال: وحكم القاضي بإلزام ذلك الحكم يتوقف على وجود سببه وهو البينة وشرطها إسلامٌ اتفاقًا وعقل -قاله المازري- وبلوغ، قال ابن عرفة: اتفاقا، ورُشْدٍ على المشهور وحرية. ولذا يفْسَخُ الحكم إذا تبين أنهما عبدان، وعدالة وهي صفة مظنّة تمنع موصوفها البدعة وما يُشِينه عرفًا ومعصية غير قليل الصغائر. ولازِمُها المروءة وهي المحافظة على فعل ما ترْكه من مباح يوجب الذم عرفًا، ولازِم الشرط شرط. وعلى انتفاء مانع إعمالها وهو ما قام دليل على إيجابه رفَع ما ثبتَ مقتضى ثُبوته، فتدخل العداوة. وسرَد بقية الموانع تركتُها خوف الإطالة.

ومن موانع الحكم أن يحكم حدْسًا وتخْمينًا وهو فسق وجورٌ إن صادف الحق فُسخ على المشهور وإن لم يصادف الحق فالإجماع على

فسخه. قاله الشيخ البرزلي في الورقة الحادية والعشرين من أقضيته، وحققه في الورقة العشرين من إعلام الأعلام عن ابن محرز وغيره. إذا تقرر هذا ظهر منه [54 أ] خلو الحكم المسؤول عنه عن مبناه وهو شيئان أحدهما سببه وثانيهما مدركه. والثاني تشاركه فيه الفتيا فإنها قد خلت عن مدرك شرعي.

أما الأول وهو خلو الحكم المذكور عن سببه فقد تقدّم أن سبب حكم الحاكم بينة تشهد بوجود السبب الشرعي في محلّ حكم الحاكم والبينة الشاهدة بالعيب، وهو السبب الشرعي لردّ البيع بالعيب قد بطلتْ بمقتضى العمومات الصادرة من خليفة المشتري باطلاعه على العيب وعِلْمه به ورضاه به، وأنه لم يخْفَ عليه شيء من ذلك على طريق العموم. فهو قد دخل على ذلك ورضيه فلا قيام له به حينئذ أصلاً، وصارت هذه البينة الشاهدة له بالعيب معدومة شرعا بما لحقها من السقوط المذكور. والقاعدة أن « المعدوم شرعا كالمعدوم حسًا ». ذكرها الشيخ شهاب الدين في الباب العاشر من كتاب الأمنية وغيرُه من شيوخ المذهب، ومرت في الورقة الثامنة والتسعين فإذا اعتبر عدمها حسًا عملا بالقاعدة صار الحكم خليا عن سببه وهو البينة.

والقاعدة أنّ « السبب يلزم مِن عدمه عدم المسبَّب قطعًا » فالحكم إذن باطل لبطلان سببه وانخرامِه. وأما الثاني وهو خلو الحكم المذكور عن مدركه فبيانه بنيان بطلان الفتوى التي استند إليها في حكمه وهي باطلة لأنها اعتمدتْ على إجمال لا وجود له، لأن العموم في اسم الجنس المضاف أو في المفرد المضاف إلى معرفة قاعدة من قواعد أصول المالكية. والعموم في الفعل الواقع في سياق النفي قاعدة أيضا من قواعد أصول المالكية. والعموم في النكرة الواقعة في سياق النفي قاعدة أيضا من قواعد أصول المالكية. والعموم الحاصل في صيغة

«جميع» قاعدة أيضا من قواعد أصول المالكية. وقد قرّرتُ ذلك كله في ما سبق، والقاعدة أيضا أن صيغة العموم لا إجمال فيها. وقد مرّ تصريح الشيخ شهاب الدين بذلك في الفصل السادس من الباب الأول في شرح مختصر المحصول له.

فبطلت الفتوى لفقد الإجمال الذي اعتمدتْه ولزم من بطلانها بطلان الحكم لأنه اعتمد عليها وصارت هي مُدْرَكَه ودليله، فبطل لخلوه عن مدرك أي دليل شرعي وقد وقع للشيخ شهاب الدين -رحمه الله تعالى- في قواعده، وللشيخ أبي عبد الله محمد المغربي في ترتيب القواعد واللفظ له وسلّمه في القاعدة السابعة عشرة من قواعد الدعاوى والشهادات في الورقة الثانية والستين ومائة في بحث حكم القاضي على خلاف الدليل: أنّ القاضي إذا حكم بمستند باطل فإنه يُنقَضُ بفساد المُدْرَك. وعبر عنه في نوادر المسائل حيث ذكر ما يُنقَض من تصرفات القاضي. فقال: الثاني ما كان حكمه بمستند باطلٍ، وهو ما كان على خلاف الدليل المقتضي مشروعية الحكم. ثم قال فيٍ البحث المذكور من ترتيب القواعد والفروق ما نصه: ومن الحكم على خلاف الدليل الحكم الذي خالف فيه قاعدة من القواعد السالمة عن المعارض، انتهى.

ومثله في الفصل الخامس من الباب السادس عشر من شرح مختصر المحصول. وفي جواب السؤال التاسع والعشرين من كتاب الأحكام وزاد [54 ب] في جواب السؤال السابع عشر منه أنّ حكمه على خلاف القواعد يُنقض إجماعا، انتهى. فإذا كان الحكم المخالف لقاعدة واحدة من القواعد كان حكمًا بلا مُدْرَك وأنه يُنقض إجماعا، فما بالُكَ بحكم خالَفَ قواعد أصولية متعددة وكل واحدة منها على انفرادها معتبرة على أصول المالكية، حسبما مرَّ النقل فيها كلها.

ولا يُقال: لِمَ لا ينفذ الحكم المذكور بعد الوقوع؟ لأننا نقول: نَصَّ الشيخ شهاب الدين في قواعده والشيخ أبو عبد الله المغربي في البحث المذكور واللفظ له على أنه إذا نفَّذَ قاضٍ حكمًا باطلا وجاء ثالث فإنه ينقض التنفيذ، فإذا كان التنفيذ من قاضٍ ثانٍ لحكم باطل ينقضه الثالث بعد احترامه بالإمضاء فما بالك بحكمٍ خلا عن إمضاء من قاض آخر، كحالِ الحكم في النازلة. وأيضا فالحكم المذكور إذا كان ينقض بالإجماع فإنه لا يُقَرّ ولا يَمْضي لأن في إمضائه خرقا للإجماع، وخرق الإجماع أشبه بالكفر. ثم لو فرض -على سبيل الفرض- أنّ هناك في بعض هذه القواعد المتعددة خلافات فهو لا يصحّ الاعتماد عليه في الحكم لوجهيْن: أحدهما خُلوّ البعض الآخر عن الخلاف، ثانيهما ضعف ذلك الخلاف جدًّا من حيث مخالفته للقواعد الكلية التي تأصَّلتْ لبناء الفروع الفقهية عليها، ولما نصّ عليه الشيخ شهاب الدين - رحمه الله تعالى- في جواب السؤال السابع عشر أن المُدْرَك المختلف فيه إن كان في غاية الضعف فينقض قضاء القاضي إذا حكم به لأنه لا يصلح أن يعارض القواعد الشرعية الكلية، وإن كان متقاربا مع ما يعارضه من القواعد ففي النقض قولان. قال الشيخ أحمد حلولو في باب الترجيح من مختصره: أجْمَع السابقون واللاّحقون على وجوب العمل بالراجح في مسالك الظنون، انتهى. ونُقِل في الورقة الثالثة والسبعين من تذكير الغافل عن الشيخ شهاب الدين -رحمه الله تعالى- الإجماع على منع الحكم والفتيا بالمرجوح، انتهى.

قلت : فبعد تقرر هذا القدح في الحكم بما بيَّنته تعيّن أنه معدوم شرعا ساقط عن درجة الاعتبار، والقاعدة أنَّ «ما كان معدومًا شرعا فهو كالمعدوم حسًّا» بمنزلة ما لو لم يقع حكم في الوجود. وفي ما ذكرناه كفاية في طرْحِه وعدم الاعتداد به وفي لزوم البيع وإلزام خليفة المشتري

الشراء في الدار المذكورة. ﴿والله يقول الحق وهو يهدي السبيل﴾[1] ﴿وهو أعلم بمن اهتدى﴾[2] وبه سبحانه التوفيق.

الحمد لله، سألني التاجر ساسي ابن التاجر محمد علوان في أواخر شهر ربيع الآخر عام واحد وألف [1001 هـ / أوائل فيفري 1593 م] لورثة التاجر بلحسن المكمش وهم أقاربه عن مسألة رجل وهو بلحسن المذكور توفّي وله أولاد فقام حفيده ابن واحدٍ من أولاده وادعى أنه أوصى له بالثلث من الرَّبْع وغيره بداخل مدينة تونس وخارجها. وأخرج رسم الوصية بشهادة شاهدين من شهود باجة، تاريخه سابق بمدة، ولم يكن بعدول تونس والرجل من أهل تونس، فقال بقية الورثة: هذا رِيبَة وتهمة بكون الوصية بشهود باجة [55 أ] والرجل الموصي من أهل تونس، ولأي وجْهٍ لم تكن بشهود تونس؟ هذا أمر بعيدٌ لأن عوائد الناس أهل المدينة المذكورة إذا أرادوا أن يشهدوا في أمر يعملونه بعدولهم ولا يخرجون إلى القرى يعملونه بشهود القرى، لأن عدول المدينة أصحّ وأثبت.

فجاوبه الذي له الوصية بأن الرجل الذي وصَّى كان زمانا مشى لباجة يقضي حاجة فعمل ثمَّة الوصية. فقال الورثة: هلاّ عليه أن عملها في المدينة قبل مشْيِه لباجة، أو صبَر حتى رجع فعملها في المدينة؟ وما أحْوجَه لكتبها ثمة وهو لم يصبْه مرضٌ ثمة حتى يضطر لذلك ثمة؟ كيف هذا؟ هذه ريبة وتهمة تُبطل عليه الوصية. فهل العمل على حجة الورثة أو على حجة الموصى له؟ والسلام.

فأجبت عنه بما نصه بعد افتتاحه: إذا كان الأمر كما ذُكر وثبتت العادة المطرّدة أو الغالبة بما ذُكر في السؤال، وهو أن أهل المدينة إذا

1) القرآن: الأحزاب 4 .
2) القرآن: النجم 30.

أرادوا الإشهاد في أمورهم يجعلون ذلك بعدول المدينة ولا يخرجون بالقصد إلى شهود القرى يُشهدونهم في ذلك. وخرج المديني لقصد إشهاد عدول القرية، ولم يحدث للمديني مرض بالقرية يُحْوِجه إلى إشهاد عدولها في وصيته صار حينئذ في شهادة شهود باجة في النازلة استبعاد عادي يوجب بطلانها شرعا وصارت حجة الوارث حينئذ -إذ ثبتت العادة- هي الناهضة من وجهين.

الأول، ما قاله القاضي برهان الدين: إذ دار الحكم بين الغالب والنادر فحمله على الغالب أولى.

والثاني، اقتران حجته - أعني الوارث بالعادة- وقاعدة المذهب أن « العادة كالإقرار حكمًا » أي أن الشرع قدَّر الإقرار ممن قامت عليه حجة العادة بمقتضى ما دلت عليه. وفي حاشية الشيخ السطّي: من فوائد العرف الشهادة لمدَّعِيه. ويُقوّي هذا قول القاضي البرهان -رحمه الله تعالى-: الناس غالبا إنما يقصدون بوثائقهم المعتبرة أعيان الشهود. وقال الشيخ البرزلي -رحمه الله تعالى- تقديم العدول في البلاد والقرى وأنهم في تونس كشهود الاسترعاء، لأن العدالة مقولة بالتفاوت، انتهى. وإذا كان عدول القرى حكمهم بالمدينة المذكورة كشهود الاسترعاء كانت شهادتهم كشهود الاسترعاء فيها، فيكون فيها الاستبعاد العادي المقتضي لإهمالها وعدم إعمالهما في التحمل. والله تعالى أعلم، وبه التوفيق.

قول القاضي برهان الدين في الغالب والنادر وقع في السبب السابع في الورقة الثامنة والثمانين من تبصرته وقوله الثاني وقع في الباب السابع والخمسين من تبصرته في جواب إيرادٍ أورده على نفسه هنالك. وقول الشيخ السطي برُمّتِه وقع في آخر النكاح الثاني من حاشيته المذكورة ونقله

الشيخ الطرابلسي في آخر النكاح الثاني من حواشيه في بحث اختلاف الزوجين في متاع البيت، ونقلته برمّته في الورقة السادسة والسبعين من الجزء الخامس. وقول الشيخ البرزلي وقع في الورقة الثامنة والستين من أقضيته. [55 ب] والوجه الثاني المذكور في الجواب هو مأخوذ من الورقة الرابعة والثلاثين من تذكير الغافل وتعليم الجاهل للشيخ الجد -رحمه الله تعالى-.

الحمد لله، سأل عبد الله بن علي العبّار عن نسخة تقييده وجواب المسؤول تحته ووثيقة استرعاء أقامها بمحوّل ذلك وسؤال تحتها، وجواب نص التقييد بعد افتتاحه: قال عبد الله بن علي العبّار متكلما في حق نفسه: إن العريف نصر بن خمجة كان عرَّضَه لجانب المخزن في مدة المعظم جعفر باشا لمَّا فُقِد عبد الله بن نصر الخماسي بأن قال العريف نصر المذكور: إن عبد الله المفقود مات وقتله بلقاسم ولد عبد الله العبّار. قال: ففرّ ولدي بلقاسم إذ ذلك خوفا مما رماه به العريف نصر المذكور. ووقع البحث عنّي من صاحب الأمر إلى أن أغْرمني الأمير إذ ذاك خمسا وعشرين كرونة ذهبا، مع خمس وأربعين كرونة لصاحب المدينة وغيره. كل ذلك بسبب التهمة المذكورة.

ثم إن نصرًا شقيق المفقود المذكور قَدِم إلى تونس وادّعى بدم أخيه المذكور على شرف الدين بن أحمد المسلاتي. ثم انفصل الأمر بينهما واعترف ببراءتنا من ذلك. فسئل العريف نصر المذكور: هل الأمر كما ذكرته أم لا؟ وإن كان كذلك فأسأله أن يردّ عليَّ ما أُغْرِمْتُه بسبب تعريضه الباطل، والجواب عن ذلك بالشهادة. شهد على إشهاده بذلك في الحال الجائزة أوائل ربيع الآخر عام واحد بعد الألف من الهجرة [1001 هـ / أوائل جانفي 1593 م] بمعرفته وليس له قِبَلَه دعوى عدا ذلك. مسعود بن عمر فتاتة الصفاقسي وسالم الكيال.

ونص الجواب: الحمد لله، أجاب العريف نصر المذكور أعلاه عما سئل عنه أعلاه بعد اعترافه بسماعه وفهمه بالإنكار التام وبأنه ليس من أهل هذا. فهذا ما أجاب به. شهد على إشهاده بذلك في الحال الجائزة أواسط ربيع الآخر عام واحد وألف [1001 هـ / أواسط جانفي 1593 م] بمعرفته مسعود بن عمر فتاته الصفاقسي وأبو القاسم البرشكي.

ونص الوثيقة بمحوّلهما بخط سالم الكيال المذكور: الحمد لله، يعرف شهوده العريف نصر بن خمجة المسؤول المذكور بمحوّله معرفة صحيحة تامة، ويشهدون بأنهم سمعوا منه وهو بالحالة الجائزة شرعا منذ مدة تقرب من أربعة أشهر فارطة عن تاريخه أنه كان عرَّض عبد الله العبّار السائل المذكور بمحوّله لجانب المخزن لمَّا فُقِد عبد الله الخماسي المذكور، وأغرمه الأمير إذ ذاك خمسا وعشرين كرونة ذهبا ضرب الإسبنيور[1] مع خمس وأربعين كرونة ذهبا من النعت، خسرها لصاحب المدينة وغيره. كل ذلك بسبب التهمة المذكورة دون وجه شرعي. فمن سمع منه ما نُسِب إليه في التاريخ المذكور وهو بالحالة الموصوفة وما علم لذلك رافعًا ولا ناسخا بوجه من الوجوه حتى الآن. قيَّد بذلك شهادته هنا في الحادي والعشرين لربيع الآخر عام واحد وألف [1001 هـ / 26 جانفي 1593 م] للهجرة، وبأنهم سمعوا منه أيضا إذ ذاك: كان مرادي أني أخسّره أكثر من ذلك، تفاخرًا بتهمته إياه. ويتلو ذلك أسماء الشهود ستة وعشرين رجلا عربًا وثلاثة [56 أ] عشر رجلا تُرْكًا الضاشات. ثم رسم العمل بالشهادة.

ونص السؤال بعد افتتاحه: جوابكم بعد تأملكم الوثيقة المقيّدة أعلاه، فهل يلزم المشهود فيه المذكور أعلاه غرم جميع المال المذكور أعلاه الذي خسره عبد الله العبّار بسبب تعريضه أوْ لا يلزمه؟ وهل للشهود

1) يقصد هنا الإسبان.

عليه أخذ نسخة من الوثيقة المذكورة أعلاه ويتأجل لما يقوله فيها الأجل الشرعي؟ فإذا انصرم ولم يجدْ مدفعا يلزمه المال المذكور أو ليس له أخذ نسخة منها لكثرة شهودها كما ترونهم؟ جوابكم، والسلام.

ونص الجواب بعد افتتاحه: تأملتُ سؤالك هذا والرسم فوقه، وإذا كان الأمر كما ذكر فعلى نصر ضمان المال المذكور لربّه مع أدبه ردعًا لغيره، على ما به الفتوى. وذلك بعد توجّه الإعذار له في البينة المقيّدة أعلاه. والله تعالى أعلم، وبه التوفيق. وكتبه علي بن محمد عبيد -وفقه الله ولطف به-. وتحته عطف الفقيه عبد الملك القرقوري الجربي وزاد تحت شهادته ما نصه: وذلك إذ تعذر الرجوع على القابض. وعطف عليه بالطرة الحاج سالم والفقيه أحمد المسراتي والفقيه محمد قشور. وعطفتُ بمجيء العبّار المذكور بأتراكٍ وتشديدٍ وكلام قبيح يُجازيه الله تعالى عليه، في أوائل جمادى الأولى عام واحد وألف [1001 هـ / أوائل فيفري 1593 م] بجواب محاذيًا لجواب المُجيبِ الأول بالطرة بإزاء عطف الحاج سالم لضيق المحلّ بما نصه: الحمد لله، ما وقع الجواب به أمامه من الغرم لظالميه المعرّض في تعريضه، ومن توجيه الإعذار إليه في ذلك مع الأدب إن أسقط الإعذار صحيح وبه أجيب. والله تعالى أعلم، وبه التوفيق.

قول عبد الملك القرقوري الجربي: وذلك إذا تعذّر الرجوع على القابض خطأ صريح، لأن البداية في الضمان المسلّط المتسبب لا بالقابض. اعرفه في الورقة الرابعة والثلاثين ومائة من الجزء السادس مرّ، وفي الورقة الثامنة ومائة منه. لكن عبد الملك المذكور جهول عامي صرف، وإنما كان شيئا بحكم الوقت وهو عدم الاستناد إلى الاستحقاق الشرعي بل البَذلي.

الحمد لله، سألني خالي يونس الجربي الفخار الآن بتونس في أوائل جمادى الأولى عام واحد وألف [1001 هـ / أوائل مارس 1593 م] عن مسألة رجل خرج مسافرًا لقصد أداء فريضة الحج. وبلغ إلى الكعبة المشرفة ثم توفي هناك ووصل خبر وفاته بعد مضي مدة. فقامت زوجته تريد أن تأخذ نفقة ومؤنة من يوم خروجه إلى يوم وصل فيه خبر وفاته، فقال لها وارِثُه: هو خَلَّى لك طعامًا وإدامًا وغير ذلك ما يقوم بك. فهل يقبل الآن قولها وهي كتبت عليه إنفاقًا عند العدول؟ وإذا قُبِل قولها فهل تأخذ من يوم خروجه إلى يوم وفاته وعليها اليمين أنه ما ترك لها نفقة ولا مؤنة أو ليس لها شيء من ذلك في جميع المدة؟ جوابكم شافيا تؤجرون، والسلام.

فأجبتُ بما نصه بعد افتتاحه: إذا كان الأمر كما ذكر فلا نفقة للزوجة المذكورة في جميع المدة، أما في ما قبل الموت فلِفقْد شرطه وهو رفعها للقاضي على المشهور وبه الفتيا، أو للعدول على ما جرى به عرف [56 ب] تونس. قاله الشيخ البرزلي. فالقول حينئذ قول الوارث إنه ترك لها ما يكون لها منه ذلك لفقد شرط قبول قولها. وأما في ما بعد الموت فالتركة قد صارت ميراثًا للورثة فليس لها منها إلاّ قدر ميراثها حتى أنها لو أكلتْ من مخلّفاته بعد موته شيئا لرجع عليها الوارث بقدر ميراثها منه. والله تعالى أعلم، وبه التوفيق.

تذييل، قولي: أما في ما قبل الموت فلفقد شرطه إلى آخره. هذا لما وقع في الورقة السابعة والخمسين من نكاح الشيخ البرزلي -رحمه الله تعالى- أثناء بحث نفقة الناشز ونصّه: وإنما كان القول قوله في دعوى النفقة لأنها في حوزه فالقول قول الحائز. ولهذا لو كان يدفع النفقة للغير لكونها في دار الثقة لكان القول قولها في عدم بلوغها، أو تكون مطلّقة في نفقة نفسها في الحمل أو في الولد. فالمشهور القول

قولها، وفي المدونة دليله. وأحفظ في أحكام ابن سهل قولاً آخر واغترّ به بعض شيوخنا فجعلها بمنزلة نفقتها في عصمته والمشهور خلافه. وأما لو كان غائبا فاستعدتْ عليه ففيها أقوال مشهورة والمشهور منها إن رفعت للحاكم أو للشهود بتونس لأنهم قاموا معهم مقام الحاكم للضرورة قُبِل قولها عليه وإلاّ فالقول قوله، انتهى.

وله في الورقة الثالثة والسبعين من الترجمة إثر جوابٍ للإمام المازري -رحمه الله تعالى- ما نصه: قلتُ إذا كانت مطلقة فالمشهور القول قولها إنها لم تقبض النفقة إذا أثبتتْ المدة وأن الولد في كفالتها وأنه ولده. وأما إذا كانت غير مطلّقة فالقول قوله في دفع النفقة عليها في زمن حضوره أو قرب غيبته أو أنها لم تزلْ تخاصمه حتّى تُثبت أنه لم ينفق عليها، إما بإقراره أو ببينة تشهد عليه بعدم إنفاقه على الولد، وأنه لم يترك عندها ما تنفق عليه منه ولو كانت غيبته بعيدة. فإذا استعْدَتْ عليه فرفعتْ أمرها إلى الحاكم أو بشهود على القول الثاني، وهو عُرْف تونس أن الشهود يقومون مقام القاضي، حينئذ يُقبل قولها عليه فإذا مات فلا بُدّ من إثبات موجبات الرجوع كلها فحينئذ ترجع، انتهى. ونقل الشيخ الجد -رحمه الله تعالى- في الورقة الرابعة والثلاثين من كتاب إعلام الأعلام عن الشيخ ابن عرفة -رحمه الله تعالى- أنّ الرفْع إلى العدول به العمل عند علماء قضاة بلدنا، انتهى.

قلت: اقتصر في باب النفقة من المختصر والشامل على الرفع للقاضي، قال في الشامل: وإذا تنازعا في دفعها أو بعثها مشهورها إن رفعت أمرها لحاكم صدّقتْ مع يمينها من يومئذ، لا لعدول وجيران على المشهور، انتهى.

قلت: قوله من يومئذٍ تنوينُه عوض عن جملة أي من يوم رفعتْ أمرها. وأشار إليه الأجهوري في قول المختصر أيضا، وفي عدّة

المختصر: ولا يَرْجع بما أنفقت المطلقة ويغرم ما تسلفت بخلاف المتوفى عنها والوارث. في وسط بهرام قوله: بخلاف المتوفّى عنها أي فإنها إذا أنفقت من ماله قبل علمها بوفاته فإن الورثة يرجعون عليها بما أنفقت، وقاله في المدونة، لأن المال صار للورثة فليس لها [57 أ] أن تختص بشيء دونهم، وكذا حكم الوارث إذا أنفق قبل علمه بموْت مورّثه وإليه أشار بقوله والوارث أي والوارث كذلك، انتهى.

قلت: قوله: والوارث كذلك، العبارة البينة أن يقول -أعني الشارح- أي والوارث كالمتوفى عنها، أو يقول: أي والوارث كهي فيأتي إما باسمها الصريح وإما بضميرها المفرد المؤنث، لا أنه يأتي باسم إشارة مفرد مذكر والحالة أن المَعُود عليه مفرد مؤنث، أو يقول والوارث كتلك فيأتي باسم إشارة مفرد مؤنث ليطابق معوده فتأمله. وفي عدة الشامل ما نصّه: وفيها، ولا يرجع عليها بما أنفقتْ من ماله بعد طلاق وقبل علمها بتفريطه ويغرم ما تسلفت على المشهور كالمتوفى عنها تنفق من مال الميت قبل علمها والوارث، انتهى.

قلت: قوله: لتفريطه أي حيث ترك إعلامها بطلاقه وهو علّة لعدم رجوعه عليها بما أنفقت من ماله. وقوله: كالمتوفى عنها تشبيه في المطلّق الغارم أي أنّ المتوفى عنها المنفقة من مال الميت قبل علمها بموته تغرَّم ما أنفقتْ كما غرّم المطلّق ما تسلّفتْ مطلّقته وأنفقته على نفسها بعد طلاقه وقبل علمهما بطلاقه لأجل تفريطه في إعلامها بطلاقه. وهذا لأن رافع الرجوع عليها بالسلف في فرع الطلاق هو تفريط المطلّق بعدم أعلامها بطلاقه، وهذه العلة مفقودة في حق الميت إذ لا يتصوَّر أن يعلمها بموته فلا يرتفع الرجوع عليها بما أكلته من تركته، بل يرجع عليها به لفقد علّة سقوط الرجوع عليها، ولأن المتروك صار للورثة وارتفعتْ عنه ملكية الميت بموته. وما نسبه للمدونة في الشرح وفي

الشامل هو في أوائل طلاق السنّة منها ووقع في أثناء بحث نفقة امرأة المفقود وولده من ماله من طلاق السنّة منها ما نصّه: وما أنفق عليهم بعد موته ولم يعلم توبع بذلك الزوجة والولد، انتهى.

الشيخ الطرابلسي قوله: وما أنفق عليهم، المسألة عُورضتْ بما في النكاح الثاني في الوصي ينفق التركة على اليتيم ثم يطرأ دين أنه لا يتبع اليتيم بشيء من ذلك. وفرّق بأن حق الغرماء متعلق بذمة الميت وحق الورثة في عين التركة، انتهى.

واعرف في هذه النازلة ما وقع في الورقة الخامسة ومائة من الجزء الثالث في مسألة أولاد ابن زرقون، وفي الورقة الثانية والأربعين من الجزء الثاني في مسألة ولد سالم زعبوب، واعرف مسألة أحمد جاء وحده في الورقة التاسعة ومائتين من الجزء الرابع.

الحمد لله، سأل الحاج إبراهيم الرملي السبخي بتركيّ أرسله وسلّطه للجواب على مقتضى هواه في صبح الأربعاء خامس جمادى الأخرى عام واحد وألف [1001 هـ / 10 مارس 1593 م] فصرَفْتُه، ثم أتيا عشية اليوم بجواب متّصل به وطلب العطف فيه.

نص السؤال بعد افتتاحه: جوابكم عن مسألة رجل توفي وترك أسبابا وربعا لورثته أرادوا قسمة ذلك فقامتْ زوجته مطالبة للورثة بما لَها عليه من دَيْن بعضه مِن مقدم الصداق مع خادم مقدمة وجملة مهرها عليه وذلك بجلدة [57 ب] صداقها عليه بالحلول بالشهادة العادلة فطلب منها ورثته أَنْ تصالحهم ببعض المقدم والخادم، فأبتْ إلاّ أن يُعطوها ذلك على الوفاء والتمام. فهل يُقْضى لها بما لها بجلدة صداقها بالحلول وعليها يمين القضاء في ذلك ولا مقال للورثة أم لا؟ والسلام.

ونصّ الجواب بعد افتتاحه: ما ثبتَ مِن ديْن بذمته من صداق أو غيره بواجب الثبوت للزوجة فلها أخذ جميعه بعد يمين القضاء ولا تُجبَر على

الصلح فيه. والله تعالى أعلم. وكتبه عبيد الله علي بن محمد عبيد. ونصّ ما كتبتُ تلوه بعد الالحاح الكلّي والكلام الغير سايغ شرعا. الحمد لله، التحليف إلزام والإلزام إنما يكون للقاضي ولاسيما إن كان في الورثة ذريتهم. فالشيخ القاضي في النازلة ينظر في القضية ويحكم فيها بما يراه من تحليف أو صلح عنه. والله تعالى أعلم، وبه التوفيق.

إنما أحلْتُ على القاضي لأن يمين القضاء قيل إنها تعبّد. وهي طريق ابن رشد قائلا: لو تمالأ الورثة على إسقاطها لم يكن لهم ذلك. قال ابن ناجي في أنها تعبّد أو قيل إنها لحق الورثة فلهم ترْكُها والصلح عنها، فلهذا أحلْتُ على القاضي خروجا من الخلاف والتفريع على ذلك لما فيه من طول البحث. اعرف ذلك مرّ في الورقة الخامسة والأربعين موعبًا.

الحمد لله، سألني عبد الله الساحلي الزواري لأولاد جمعة المذكورين بعْدُ مِن باب السويقة في أوائل جمادى الآخر عام واحد وألف [1001 هـ / أوائل مارس 1593 م] عن مسألة وهي أن محمدا الأغْزَلي الزواري وقعتْ بين ورثته مفاصلة صدّر فيها بذكر أربعة أملاك مشجرة بالزيتون وقوّموها قيمة مستوفاة. وتناسخت الوراثة في متروكه وورثه زوجتاه خديجة وغزيّل وأولاده، فمن خديجة مسعود وسليمة وأم السعد، ومن غيرها منصور وعبد الله وجمعة، ووالدته سكرانة بنت مبارك الفيل لا غيرهم.

ثم توفي عبد الله فورثت فيه زوجته عزيزة بنت حميدة اللواتي وبناته منها ومن غيرها وسمّاهم وجدّته للأب سكرانة المذكورة، وعصبه أشقاؤه وسمّاهم لا غيرهم. ثم ذكر وفاة مسعودة بنت عبد الله وذكر ورثتها أمها وشقيقتها عائشة وأختها لأبيها خادم الله، وعصَبَها أعمامها وسمَّاهم لا غيرهم. وخَلَص نصيب خديجة وغزيل وسكرانة وعزيزة

زوجة عبد الله من جميع الربع المخلف عن محمد الأغزلي بحقوقه ومنافعه لمن سواهن من الورثة على فرض الإرث بينهم الخلوص التام. وذكر أن عائشة وخادم الله بِنْتَيْ عبد الله ومسعود، وسليمة وأم السعد وجمعة أولاد محمد الأغزلي لنظر منصور بالإيصاء من الأب. وذكر وقوع مفاصلة بينهم في الربْع المخلّف عن محمد الأغزلي المذكور ناب فيها منصور عن نفسه وناب فيها المعلم ثلاثة زدْهُم[1] عن جميع الأولاد الذكور بالتقديم الشرعي لتعذّر ذلك مِن وصيّهم منصور المذكور. فأخذ بها المعلم ثلاثة للأولاد على فرض الإرث بينهم جميع الربْع المذكور لمن عدا منصور وجمعة، وأخذ بها منصور وجمعة ربْعًا آخر في غير هذا. ثم كمَّل شهود المفاصلة على ما يجب [58 أ] وضمّنوا في آخرها الوقوف على صحة ملك المتوفى للربْع المذكور وعلى الوفاة والوراثة وعلى الخُلُوصات المذكورة، وسمعوا ثبوت القيمة ممّن يجب. والحالة -حفظكم الله تعالى- أن في الربع المخلف عن محمد الأغزلي المذكور دارًا هي في يد ورثة منصور وجمعة، فأراد ورثتها بيْعها فقام ورثة سكرانة وورثة غزيّل طلبوا الإرث فيها، وتمسّك ورثة منصور وجمعة بقول شهود المفاصلة: خلص نصيب خديجة وغزيل وسكرانة وعزيزة زوجة عبد الله من جميع الربْع المخلّف عن محمد الأغزلي لمن سواهن من الورثة على فرض الإرث بينهم. ثم ما ذكروا في آخر المفاصلة من الوقوف على الخلوصات المذكورة.

فهل -رضي الله تعالى عنكم- تنهض حجة ورثة غزيّل وسكرانة فلهم مَنَابهم من الدار المذكورة أو تنهض حجة ورثة منصور وجمعة في تمسكهم بما ذكر من الخلوصات، مع أن الدار المذكورة في أيديهم؟ جوابكم، والسلام.

1) كذا بالأصل.

فأجبتُ عنه بما نصّه بعد افتتاحه: إذا كان الأمر كما ذكر فقول شهيديْ المفاصلة: خلص نصيب خديجة وغزيل وسكرانة وعزيزة من جميع الربْع المخلّف عن محمد الأغزلي لمن سواهن من الورثة مع قولهما في آخر المفاصلة بالوقوف على الخلوصات المذكورة يقطع حق النسوة الأربع من الدار المذكورة، لأن لفظ جميع مِن صِيَغ العموم وهي تقتضي ثبوت حكمها وهو الخلوص لكل فرد من أفراد الربْع الذي أضيف إليها، قاله في شرح مختصر المحصول، ولأن شهادة الوقوف عاملة على ما به العمل بتونس. قاله الشيخ أبو النور الأربسي -رحمه الله تعالى- في حاشية البرزلي بخلاف ما به العمل في غير تونس. وعلى هذا فحجّة ورثة منصور وجمعة هي الناهضة ولا حق في الدار المذكورة للنسوة الأربع اللاتي خلص نصيبهن في جميع الربْع المخلف. والله تعالى أعلم، وبه التوفيق.

شهادة الوقوف، قال ابن عبد السلام وابن عرفة: لا تجوز إلاّ بحضور الخط أو يضمنوا الثبوت على القاضي في الثامنة والعشرين ورقة من أقضية الحاوي، وهي في الثالثة والثلاثين من شهادات كبير ابن ناجي. واقتصر على أنه لا ينفع حتى يقولوا: ثابت عند من يجب. وفي حاشية عليه بخط الجد الأسفل: وعليه العمل بالقيروان. وفي حاشية البرزلي بخط الشيخ أبي النور بن عزوز: العمل على إجازتها ولا يوجد المنع وعدم الصحة فيها إلاّ للشيخيْن المذكوريْن فانظره.

قولي: لأن لفظ جميع من صيغ العموم إلى قولي في شرح مختصر المحصول في أول الفصل الأول من الباب السادس في العمومات من شرح مختصر المحصول ما نصّه: من صِيَغ العموم كلٌ وجميعُ فَيَعُمّان في ما أُضِيفَ إليهما. ثم قال: المعهود من صيغة العموم أنها تقتضي ثبوت حكمها لكل فرْدٍ من أفرادها أمرًا ونهيًا وثبوتًا ونفيًا، ولا يختلف الحال في شيء من المراد. انتهى ما يُغْنِي منه هنا.

وقولي: ولأن شهادة الوقوف عاملة إلى آخره، في الورقة الثامنة والعشرين من أقضية البرزلي. كان [58 ب] الإمام ينقل عن شيخه ابن عبد السلام أنّ مِن شرط الشهادة على الخط حضوره لتُقام الشهادة على عيْنه. كالشخص المجهول إذا شهد على عينه. فقول الشهود في وثائقهم: ووقف على رسم يقتضي الملك، لا يعوّل عليه لأنه كالشهادة على مجهول المقصود معرفة عينه. وكان غيرهما من الأشياخ لا يتفطّن لهذا ويرى أنه محصّلٌ لترجيح الملك، وكذلك التنبيه على أنّ فلانا وصي أو نحو ذلك، وإذا أريد إثبات ذلك من غير إشكال فيشهدون على القاضي بأنه ثبتَ عنده رَسْم كذا أو أنّ فلانا وَصِيّ أو نحو ذلك فيكون شهادة على حكم القاضي، انتهى.

وفي حاشيتة بخط الشيخ أبي النور الأربسي -رحمه الله تعالى- وكان أحد مفتيي تونس في الدولة العثمانية وولي قضاء طرابلس إذ ذاك ما نصُّه: رأيتُ في بعض وثائق المتيطي بآخر النسخة الكبرى من تأليفه جواز الشهادة على الخط مع غيبته، فانظره ولم يحْكِه إلاّ كأنه المذهب.

قوله: وكذلك التنبيه على أنّ فلانًا وصي ونحو ذلك يريد إذا قالوا في الوثيقة: وبالوقوف على رسم الإيصاء وما يقتضي الإيصاء أو ما أشبهه. والعمل اليوم بتونس مستمرّ على ما أشار إليه المؤلف من شهادة الوقوف، وهو قول الأكثرين من الأشياخ حسبما أشار إليه بقوله: وكان غيرهما من الأشياخ الخ. وما اختاره الشيخان ابن عبد السلام وابن عرفة في ذلك جرى العمل بخلافه ذكره المتيطي في.[1]

ورأيت جوابًا لبعض الشيوخ الحفّاظ بإعمال شهادة الوقوف. ونزلت الآن ووقع التنازع فيه بين الأصحاب حتى اعتقد كثير منهم أنّ المنع هو

1) بياض بمقدار ثلاث كلمات بالأصل.

المذهب وليس يوجد لغير الشيخ ابن زيتون إذ شقق عليه معتقدا صحة ما أشار إليه مِن أنّ شرط إعمال الشهادة على الخط حضوره وقد تقدم عن المتيطي خلافه ولم يحك غيره كأنه المذهب وهو الحجة. انتهى من الحاشية المذكورة.

وقولي: بخلاف العمل في غير تونس أردتُ به كعمل القيروان. اعرف كلام ابن ناجي في الورقة الثالثة والثلاثين من شهادات كبيره، وفي الورقة الرابعة من غَرَرِه، ونقلتُ كلامه في الورقة السابعة والعشرين من الجزء الرابع مرّ. وقولي: ولاحق في الدار المذكورة للنسوة الأربع هذا لأن الدار من الربْع، لأن الربْع لفظ صادق على الدُّور والحوانيت بخلاف العقار فهو لفظ صادق على الأرضين ذات الأشجار وقيل بالترادف. اعرف ذلك في الورقة الثامنة والعشرين من شهادات كبير ابن ناجي ورجّح الأول وهي في ثالثة وكالات البرزلي وقال: به وقع الحكم بالأندلس. واعرف المسألة موعبة في حاشيتي على الشامل في باب الحجر منه في بحث الحجر على المريض في قوله: ويُوقَف تبرّعه إن لم يكن له مال مأمون، واليه رجع وهو العقار.

الحمد لله، سأل الحاج بالنصر المصمودي بخط فتاتة في أواخر جمادى الآخر عام واحد وألف [1001 هـ / أوائل أفريل 1593 م] عن مسألة رجل عقد لولده على زوجة من والدها، وتحمل بمقدّم الصداق النقد وغيره، وتوفي والد الزوجة وأوصَى عليها أمّها قبل البناء، فأرسل والد الزوج جميع [59 أ] المقدم النقد وغيره قبل البناء على العادة في ذلك في كرَّتيْن. ووقع البناء ووقع بين الزوجين عشرة مدة أربعة أعوام ثم تزوج الزوج زوجة أخرى فلم تَرْضَ بعشْرتها فطلقها على مباراةٍ وقعتْ بينهما في المهر وغيره من سائر متعلقات الزوجية. وتزوجت زوجًا آخر فوقعت بينهما مشاجرة فقامتْ بصداقها وجدتْ

النقد ما زال على الحلول فطلبتْ والد الزوج به. فهل القول قول والد الزوج في دفعه لوقوع البناء وطول المدة؟ وإذا قلتم بأن القول قولها، فهل لا يمين عليه لطول المدة ولأنه معروف بالخير والصلاح والغنى أو يكون مع اليمين؟ والسلام.

فأجاب عنه الفقيه أبو الحسن علي عبيد بما نصّه بعد افتتاحه: إذا كان الأمر كما ذُكِر فالقول قولُه في دفعه بعد البناء مع يمينه على المشهور. ولو قيل بعدم اليمين في النازلة لبعد التهمة لطول المدة لكان صوابًا. والله تعالى أعلم.

وكتب يمْنَتَه الفقيه محمد قشور ما نصه: الحمد لله، ما أجاب به الشيخ المفتي يُسْرَاهُ -حفظه الله تعالى- من أن القول قول مدّعي دفْعِ النقد قبل البناء إذا كانت الدعوى من المرأة بعد البناء صحيح، وبمثلَه أجيب إذ هو الذي به الحكم. والله تعالى أعلم.

ورغب صاحبه جوابي فيه بتوسّل الفقيه علي المذكور فكتبتُ تلو الأول ما نصه: الحمد لله، قال في الشامل: وإذا اختلف الزوجان في قبض حالّ الصداق أو ما حلّ منه صُدّق إن بنى، والمشهور بيمين وإن طال، انتهى. وعليه درج في المختصر فعُلِم منه أنه به الفتوى. فما أجاب به المفتي الأول في ذلك صحيح وبمثله أجيب لِجرْيه على المشهور وبه الفتوى. والله تعالى أعلم، وبه التوفيق.

تذييل، النازلة من اختلاف الزوجة والحامل الذي حمل المقدم وهو والد الزوج لا من اختلاف الزوجين، فكيف ساغ لي سوق كلام الشامل والمختصر وتطبيقه على النازلة مع أن كليهما ليس في فرع الحامل.

والجواب عنه: إنه لما كان الحكم في الفرعين واحدًا حسبما هو في صغير الشيخ المغربي فساغ لي سوْق النقل الواقع في فرع الزوجيْن

وتطبيقه على فرع الزوجة والحامل. ونص الشيخ المغربي ومن العتبيّة قال ابن القاسم: وإذا تحمل بالصداق متحمِّلٌ فطلبتْه بعد البناء زعم الزوج والحميل أنها قبضتْه قبل البناء يحلف الحميل ويصدّق، انتهى. فلذا أطلقتُ الحكم على النازلة على كلام الشامل مع أنّه في زوجيْن لا في زوجة ومتحمّل. وفي ذكره درَج المختصر على الحكم المذكور وأنه به الفتوى لدرجِهِ عليه تورّك على العاطف حيث علّل صحة جواب من سبقه وجوابه هو بمثله بكونه به الحكم. ووجْه التورّك أن الترجيح في القول العلمي بكونه جرى به الحكم أضْعف مِن ترجيحه بكونه جرتْ به الفتوى بترجيحه إياه الترجيح الأضْعَف وترْكه للترجيح الأقْوى مهجور مرفوض، ولا سيما على أن معنى قولهم به الفتوى أي به العمل حسبما مرَّ في الورقة العاشرة ومائة من الجزء السادس وفي الورقة السابعة والسبعين ومائة من الجزء الرابع [59 ب] ومرَّتْ في هذا الجزء في الورقة الثامنة والستين.

وتقييدي صحة جواب الأول وجوابي بمثله بقولي في ذلك إيذان وتنبيه على نفي الصحة ونفي جوابي عن سوى ما ذكرته من بقية جوابه وهي قوله: ولو قيل بعدم اليمين في النازلة لبُعْد التهمة لطول المدة لكان صوابًا فإن هذه الزيادة التي زاد ممّا لا يساوي سماعه، فإنه بناها على أن اليمين المذكورة يمين تهمة وليس الأمر كذلك وإنما هي يمين تحقيق. فإن الزوجة حقّقتْ الدعوى على الحامل أنه لم يدفع النقد، وحينئذ فهي متوجهة على الصالح والطالح والغني والفقير لأنهم متساوون في الأحكام الشرعية والخطابات التكليفية. فلا عبرة حينئذ بقول السائل ولأنه معروف بالخير والصلاح والغنى. ولو سُلّم أنها دعوى تهمة لا تحقيق فالذي به العمل توجّه يمين التهمة مطلقا على المتّهم وغيره قويتْ التهمة أو ضعفت. وعدم انقلابها، قاله الشيخ ابن ناجي في الورقة الخامسة

والثلاثين من شفعة كبيره وهي آخر ورقة من الباب في قولها: والموهوب له الشقص والمتصدّق به عليه يقول له الشفيع: أخاف أنك ابتعْتَه منه أو عَاوَضْته فيه بشراء، وأردتما قطع الشفعة بما أظهرتُ فاحلف. فإن كان ممن يُتّهم أحْلَفَه وإلاّ لم يحلّفه. ابن ناجي: إنما فصَّلَ لعدم تحقيق الدعوى، لقوله أخاف وإلاّ حلف مطلقا. ثم مرّ في ذكر أقوالها حتى ذكر توجهها -أعني يمين التهمة- مطلقا كما ذكرناه عنه.

واعرف الورقة التاسعة ومائة مرَّتْ، والدعوى في النازلة لم تكن عن مغيّبٍ لا تعلمه المدّعِية، كما في مسألة الشفعة في قوله أخاف، وإنما حققت الدعوى على الحامل بأن مقدّم صداقها ما زال عليه لمباشرتها تصرّفها فكيف يُقال: ادّعت بمغيّب لا تعلمه حتى تكون دعواها دعوى تهمة بل هي دعوى تحقيق. فاعرفه.

تنبيه، ما ذكره الشيخ ابن فرحون في الباب الخامس والثلاثين من تبصرته في الورقة الثانية والأربعين ومائة منها أن الاسترعاء في صلاح حال بقولهم: إن فلانًا مُقبِل على ما يعينه من أمر دينه ودنياه، مستقيم الطريقة مخالط لأهل الصلاح مجانب لأهل الفساد، لا يعلمونه انتقل عن هذه الصفة إلى حين إيقاعهم لشهادتهم. قال: يرفع عنه بهذا العقد تعسُّف الولاة وتنتفي عنه الظنون والتُّهَم وتسقط عنه يمين التهمة ولا يستوجب به العدالة، انتهى، لا يفيد في رفع يمين التهمة كما قال لوجهين: الأول أن الشيخ ابن هارون لما أنْ ذكر هذا الاسترعاء في آخر كتاب الوصايا من مختصر النهاية وأطْنَب في فصوله قال: هذا العقد محْدَث أُحْدِث لدفع ظلم السلاطين ورفْع تُهَمِهم وأيمان التهم، انتهى مختصرا. وإذا كان الأمر كما ذُكر فيقتصر به على ما أحدث له وهو دفع من يريد الظلم، فكيف يُحتجّ به على رفع الحقوق في ما بين الناس وتَوُّجه الأيمان من بعضهم على بعض في تحقيق أو تهمة بحق؟ فهذا لا يدخل تحت هذا

الاسترعاء ولا يرفعه الاسترعاء المذكور، لأنك لا تشاء أن تقيم استرعاءً في أحد من الناس إلاّ أقمْتَه بذلك مع رقة الديانة في أهل الزمان [60 أ] واستسهالهم الشهادة في الاسترعاء. ولله دَرّ الشيخ البرزلي حيث قال: لا يُعوَّل على شهادة العوام لأن غالبهم يشهدون بالتّسانُد وسماع بعضهم من بعض، فاعرفه فيه.

الثاني: إنّ رفع يمين التهمة عن غير المتهم وهو المشهود فيه بذلك الاسترعاء إنما هو أحد الأقوال الأربعة التي سرد الشيخ ابن ناجي حيث ذكرنا. ونصه: الأول تَوجَّه يمين التهمة مطلقا، وهو قول المدونة في تضمين الصنّاع منها وفي كتاب السرقة الثاني عكسه عدم توجهها مطلقا. قاله أشهب وعزاه في كتاب الوكالات من النكت للمعروف من المذهب، وثالثها قولها هنا في كتاب الشفعة: يحلف المتهم دون غيره. ورابعها إن قويت الدعوى توجّهت وإلا فلا. قاله ابن رشد في أجوبته، والذي جرى به العمل عندنا توجُّهها مطلقًا وعدم انقلابها، وفيه خلاف. ففي سماع عيسى أنها تنقلب والمشهور لا تنقلب، صرّح به ابن رشد وابن زرقون، وقال ابن رشد: المشهور توجُّهها.

قلتُ : فقدَّمْنَا في التبصرة ما قاله في الاسترعاء المذكور على القول الثالث، لأنه كما تراه يحلف المتهم ولا يحلف غير المتهم. فإذا قامت الشهادة بذلك الاسترعاء صار المشهود فيه من غير أهل الاتهام فتَرْتفع عنه يمين التهمة. وهذا كما قد رأيتَ مخالف للقول بتوجهها مطلقا، وبه العمل، فاعرفه منصفاً.

قلت: وبقي في المسألة وجه آخر تركتُه أي أخْلَيْتُ منه جوابي المذكور ضنًّا مني به على غير أهله، وهو يرفع اليمين عن الحامل المذكور في النازلة جزما وهو الإبراء الواقع من الزوجة لزوجها المشار

إليه بقول السائل: فطلقها على مبارأة وقعت بينهما في المهر وغيره من سائر متعلقات الزوجية، ووجه رفع هذا الإبراء الواقع منها للزوج في المهر وغيره من سائر حقوق الزوجية أنه إذا برئت جهة الزوج من المقدَّم لأنه مِن غير المهر ولأنه من حقوق الزوجية فذلك دالّ على إبراء جهة الحامل من ذلك وهو أبوه، لقول الشيخ بهرام في شامله في آخر ضمانه: وبرئ حميل ببراءة أصْلِه لا عكسه، انتهى.

وعليه درج في المختصر وقرره في شرحه كذلك فاعرفه. وإنما تركتُ التنبيه عليه في الجواب لاستعظام أنفسهم ولعدم اعترافهم بسبقية مَن سبقهم حتى يتقدموا عليه. انظر إلى قوله: ولو قيل الخ، فنصب نفسه من أهل الترجيح وهو لا يعرف معنى لفظه فضلا عما وراء ذلك. ولله عاقبة الأمور، وفي هذا القدر كفاية.

الحمد لله، سألني من بنزرت فرج بوعرادة في أواخر جمادى الآخر عام واحد وألف [1001 هـ / أوائل أفريل 1593 م] عن مسألة رجل يملك جنانًا مغروسًا عنبًا وتينًا، والعنب بعضُه أثمر وبعضه لم يُثْمر وكذلك التين، وله أخ رغب منه أن يشركه في الجنان المذكور وتسلَّط عليه بوالدهما وبجماعة، فقبل رغبتهم وباع له الثلث الشائع من الجنان. ثم بعد مدة تقرب من عشرة أشهر لوقت البيع وقع بين الأخوين مشاجرة فحلف البائع بالطلاق الثلاث ما بقيت نعاشرك في الموضع إمّا خُذْ في ثلثك أربعة عشر دينارا للمرجع وإما اعطني [60 ب] في حقي ثلاثة عشر دينارًا للمرجع، فأبى مِن ذلك وطلَب القسمة والحالة أن قسم الموضع وجعْل التخم فيه بين القسمين لقطع الضَّرَر بينهما وبرّ الحالف في يمينه يفسد به من الموضع نحو ستمائة شجرة، فهل القول قول الأخ الداخل في القسم أو قول الأخ السابق للبيع؟ والسلام.

فأجبتُ بما نصه بعد افتتاحه: إذا كان عمل التخم لا بدّ منه لكونه يرفع التنازع بين الأخوين لئلا يدعي أحدهما دخول الآخر عليه في قسمه، وكان عمله الناشئ عن القسمة وسيلة لفساد الأشجار، على ما ذكر في السؤال، فيُنظر حينئذ في ما بين هذا الضرر الناشئ عن القسمة وبين الضرر بالبيع، فإذا كان بيع الجنان على التصفيق أَقَلّ ضرَرًا عليهما من فساده المذكور الناشئ عن القسمة وجب البيع ويقتسمان الثمن، لأن قاعدة القسمة أنه يُرتكَب فيها أخفّ الضررين. قاله الشيخ عبد الحميد وأفتى به وفي البيع إغناء عما يُحْوِج إلى ارتكاب التخم وهو القسمة التي هي أكثر ضررًا من البيع حينئذ ولا سيما والقسمة معدومة شرعًا بسبب ما ينشأ عنها من الفساد المُضِرّ للشريكين، والقاعدة أن « المعدوم شرعًا كالمعدوم حسًّا » فالمصير إلى البيع. والله تعالى أعلم، وبه التوفيق.

تذييل، التنازع والتهارج والتخاصم بين الأخوين مَنْهِي عنه شرعًا ولذا كان سرّ مشروعية نصب القاضي رفع التهارج والتواثب ورفع الخصومات والأمر بالمعروف والنهي عن المنكر. حسبما هو مصرَّح به في أول باب من أول قسم من كتاب التبصرة منقولا عن ابن رشد -رحمه الله تعالى- ونقلتُه قبل هذا في الورقة الخامسة والسبعين مرَّتْ، فلهذا كان الرافع للتخاصم والتنازع بينهما لا بد منه لأنه مأمور به شرعا وهو عمل التخم، فصارت القسمة سببًا لعمل التخم بين القسمين ليرتفع التنازع بين الأخوين المتقاسمين، وعمل التّخم سببًا لقلع الأشجار المذكورة في السؤال، وقلعها ضرَر على المتقاسمين معا. فكانت القسمة سبب السبب لهذا الضرر الذي هو قلع الأشجار. والقاعدة أنّ « سبَبَ السَّبب سَبَبٌ » قاله الشيخ أبو عبد الله المغربي في المسألة الأولى من القاعدة الثانية من القواعد الأصولية من ترتيب القواعد والفروق، في الورقة الثامنة والعشرين منه. فلهذا قلتُ في الجواب: فيُنظَر حينئذ في ما بين

هذا الضرر الناشئ عن القسمة وبين الضرر بالبيع إلى آخره، فجعلْتُ الأقّل ضررًا من القسمة أو البيع يُرتكَب ويُتْرَك الأكثر ضررًا منهما.

فقولي: حينئذ، تنْوينُه عوَضٌ عن جملة، أي حين ارتُكِب البيع الأقل ضررًا وارتكاب الأقل ضررا كيف قلته هو للعمل بالقاعدة المذكورة. فقولي: إذا كان البيع أقلّ ضررًا مفهومُه أنه إذا كان لا ضرَر فيه أصلاً تعيّن بيعه، لأن هذا المفهوم مفهوم موافقة. وقولي: فإذا كان البيع أقل ضررا من فساده المذكور الناشئ عن القسمة وجب البيع ويقتسمان الثمن، مفهومه إذا كانت القسمة هي الأقل ضررا من [61 أ] البيع وجبتْ القسمة. وإنما اقتصرْتُ عن ذكر هذا القسم منطوقا واكتفيْتُ بأخذه بالمفهوم لأجل طلبي للاختصار في الجواب وإلاّ فالقسمان معًا منطوقٌ بهما في فتوى الشيخ عبد الحميد الصائغ. وفتواه وقعتْ في ثالثة ترجمة القسمة والشفعة من البرزلي، وكرّر ذلك في ثامنة الترجمة.

والذي يعيّن الأقل ضررًا والأكثر ضررًا من البيع أو القسمة هو البيّنة التي تشهد بذلك، وهذا لا يفتقر إلى التنبيه عليه في الجواب لأن المعلوم أنّ الدعوى المجردة غير مقبولة والعلم بهذا الحاصل حتى للعوام فضلا عن الخواص. ألا ترى أنّ الدعوى به تختلف فطالب البيع والداعي إليه يزعم أنه الأخف ضررًا وطالب القسمة والداعي إليها يزعم أنها الأقلّ ضررًا. والذي يرجح بين الدعاوى إنما هو البينات لأن المدعي هو من تجرّد قوله عن مصدق غير شهادة، فالشهادة هي التي تصدّق دعواه فإذا ترجّحت دعوى المدعى عليه بأصل أو غالب أو عادة أو قرينةِ حالٍ سقطتْ دعوى المدعي إلاّ إذا صحِبَتْه بيّنة لأنها هي ترجّح دعواه، فاعرف ذلك.

وقولي: والقسمة معدومة شرعا، أي وإن كانت قد تُوجد حسًّا لكن لمَّا أن أوجب الشرع إلغاءها وعدم ارتكابها لأجل ما تؤدي إليه من أكثرية

الضرر وأشدّيَتِهِ كانت بسبب ذلك معدومة شرعا، عملا بقاعدة « وسيلة المحرَّم محرمة » ذكرها الشيخ شهاب الدين ونقله القاضي البرهان في آخر ورقةٍ مِن تبْصرته وهي في القاعدة الثامنة من قواعد العلل مِن ترتيب القواعد والفروق في الورقة السبعين منه. ومرت في الورقة الرابعة عشرة ومائة وفي الورقة السادسة والسبعين. وقاعدة المعدوم شرعا المذكورة ذكرها الشيخ شهاب الدين في الباب العاشر من كتاب الأمنية، في إدراك النية، واستوعبتُ نقله عنه في الورقة الثامنة والتسعين منه.

فائدة، إذا كانت القسمة من باب المعدوم شرعا للضرر الأكثرى الناشئ عنها وقلنا: إن « المعدوم شرعًا كالمعدوم حسًّا » وكان البيع متعيّنا لأجل هذا الضرر الحاصل عن القسمة كان البيع مُتعيّنًا أيضا من وجه آخر وهو أنّ طالب البيع سابق في الملك وأخوه طارئ عليه. والذي به العمل أن السابق في الملك إذا طلب البيع يُجْبَر له الطارئ دون العكس، والسابق في الملك في النازلة هو الطالب للبيع. قال الشيخ البرزلي -رحمه الله تعالى- في الورقة الحادية والثلاثين من بيوعه: جرى عمل القضاة بتونس أنه إذا اشترى الجزء مفردا لا يُجبَر مَن سبقه على البيع في ما لا ينقسم. وللمقدم في الملك جبْر المحدَث على البيع ولو كان شراؤهم جميعا أو وراثتهم واحدة. فإن قَبِل القسمةَ أُجْبِر عليها مَن أباها، وإن لم يقبلها فمَن دعا إلى البيع فالقول قوله، انتهى. والجنان في النازلة لا يَقبَل القسمة شرعًا للمانع الشرعي وهو الضرر الناشئ عنها فتدبَّرْ ذلك منصفًا. أما لو اتّحد المدخل بشراء أو وِرَاثَةٍ فإن كلاًّ منها يُجبر للآخر على البيع بشرط عدم قبول القسمة، فصار جبْر الآبي على البيع مشروطاً بشرطين: الأول اتحاد المدخل [61 ب]، والثاني عدم قبول القسمة. فاعرفه واعرف ما مَرّ في الورقة الحادية عشرة ومائة من الجزء الخامس.

في سادسة قسمة البرزلي عن التنبيهات ما نصّه: كان ابن رشد -رحمه الله تعالى- يذهب إلى أنه لا يُجْبَر على البيع مَنْ أباه في رباع الغلاّت وما لا يحتاج إلى السكنى والانفراد، وأن مَن أراد بيْع نصيبه أو مغارسته لم يُجبَر شريكُه بخلاف ما يُراد للسكنى. وذهب اللخمي إلى أنّ هذا هو إنما في ما وُرِث أو اشتُرِي للقنية. فأما ما اشتُرِيَ للتجارة فلا يقسم. وكذلك يجب أن لا يُجبَر مَن أبَى البيْع على البيع لأنهما على الاشتراك دخلا فيه حتى يباع جملة. وكذا لو اشترى أحدهما جزءًا والآخر كذلك وبعْضُهم بعد بعض لا يُجبَر أحدٌ منهم على البيع مع صاحبه. وذكر بقية كلامه فانظره. وبهذا جرى العمل عندنا بتونس في هذه الصورة الأخيرة، انتهى من البرزلي.

قلتُ: قوله لا يُجبَر أحدٌ منهم على البيع مع الآخر إذا اشترى بعضهم بعد بعض على ما به العمل بتونس عام عدم الجبر في سابق ولاحق، فيعارضه الخاص الذي مرّ له في البيوع وهو قوله: وللمقدم في الملك جبر المحدث على البيع على ما جرى به عمل القضاة بتونس، فانظره.

والجواب عن هذه المعارضة أن هذا العام في القسمة يرجع إلى ذلك الخاص في البيوع، لأنّ القاعدة أنّ « الخاص يقضي على العام» لقول الفصل الثالث من باب العمومات مِن شرح مختصر المحصول: إذا تعارض العام والخاص قُدِّم الخاص للعمل به على العام، ولقوله في الفصل الثاني في الترجيح من الباب الثامن عشر منه: إذا تعارض دليلان أحدهما عام والآخر خاص قُدّم الخاص على العام لأنّ ذلك لا يقتضي إلغاء أحدهما بخلاف العكس. انتهى، والله تعالى أعلم.

قلت: وقوله إذا اشترى بعضهم بعد بعض لا يُجبَر أحدٌ منهم على البيع مع صاحبه، على ما جرى به العمل عندنا بتونس إن حمل على أن الخاص الذي له في البيوع يقضي على هذا العموم عملا بما ذكرناه،

فلا كلام وهو ظاهر، وإن حمل هذا العموم باقيا على عمومه فيُستفاد منه مسألة وهي ما إذا كان المشتري الثاني إنما اشترى من الأول الذي سبقه في الملك. فإذا أراد المالك السابق الذي اشترى منه الطارئ البيع صفقة: لا يُجبَر له الطارئ فاعرفه، لأنه يصدق عليهما أنه اشترى بعضهم بعد بعض. أما على قاعدة « الخاص يقضي على العام » وعلى قوله في البيوع: للمقدم في الملك جبر المحدث على البيع فأنه يُجبر الطارئ للسابق البائع له لأنه يصْدق على هذا المشتري أنه محدث، ويصْدق على البائع له أنه مقدم في الملك فتأمله.

الحمد لله، سأل مسعود ابن الأمين الحناوي في أواخر جمادى الآخر عام واحد وألف [1001 هـ / أوائل أفريل 1593 م] عن مسألة رجل له زوجة لها موضع زيتونا أرادتْ بيعه فقالتْ لزوجها: كلّمْ الدلال على شُهْرتِه للبيع، فكلمه وقال له: إن فلانا كلّمني على شراء الموضع فشاوِرْه ولا تغْفَل عنه. ثم إن الدلال بعد مضي يومين أتى إليه برجل وقال له: إن الموضع وقف على [62 أ] هذا الرجل، فقال له الزوج: سلَّمَ المزايدون ولم يبْقَ مَن يزيد؟ قَال له الدلال: ما بقي عندي مزايد، قال له: وفلان الذي أوصيتُك على مشورته؟ قال له سَلّمَ فصّدقه الزوج ظنًّا. وأتيا المرأة وقالا لها: الموضع وقَفَ بكذا ولم يبق مزايد، فوافقت المرأة على البيع وسلّمت للمشتري. ثم بعد مضيّ مدة تقرب من خمسة عشر يوما بلغ للرجل الذي كان أوصى للزوج الخبر أنّ الموضع بيع فجاء إلى الزوج. وقال له: تبيع الموضع وأنا أوصيتُك عليه، فقال له الدلال: ذُكِر عنك أنك سلَّمتَ فيه. فقال حاشا لله ما سلّمتُ، وظهر غيره أيضا ممن كان يزيد فيه أنه لم يسلّم، وأن الدلال راكَنَ في الموضع المذكور. فهل للمرأة ردّ الموضع للدلال حتى يسلّم جميع المزايدين أو يمضي البيع؟ والسلام.

أجاب عنه الفقيه أبو الحسن علي عبيد بما نصه بعد افتتاحه: إذا كان الأمر كما ذُكر فلصاحبة الموضع نقض البيع وقبول الزيادة. والله تعالى أعلم. وبِطُرَّتِه عطْفُ الفقيه أحمد المسراتي ونصه: الحمد لله، ما أجاب به الشيخ المفتي أمامه -حفظه الله تعالى- صحيح وبمثله أجيب. والله تعالى أعلم، وبه التوفيق.

وكتبتُ بأعلا محوّله ما نصه: الحمد لله، الجواب المسطور أسفل محوّله صحيح وبمثله أُجيبُ في هذه النازلة، فلمالكة الموضع ما ذكر من نقض البيع وقبول زيادة المزايد المذكور، لأن دلاّلها قد خانَها وكَذَبَها حيث قال: أتيت للمزايد المذكور فلم يزدني ولا نية له في الشراء مع أنه قد أتى وقال: أنا مزايدٌ ونريد الزيادة. وهذا الكذب يُوجب للبائعة ردّ البيع وقبول الزيادة لأنها لم تترك حقها فيها، بل ولم تعلم بها قبل الإمضاء ولا كانت عالمة بها قبله. والله تعالى أعلم، وبه التوفيق.

تذييل، إنما يلزم البائعة إمضاء البيع المذكور لو وقع منها بعد علمها بزيادة المُزَايِد فأهملتها وأمضت لهذا فصارت أسقطت حقّها في زيادة المزايد المذكور فيلزمها ذلك لأن رب السلعة في بيع المزايدة له أن يمضي لأحد المزايدين وأن يترك حقه في زيادة غيره بعد علمه بها ولو كانت زيادة غيره أكثر. نقل الشيخ المغربي -رحمه الله تعالى- في أول مرابحة صغيره من قول القاضي عياض ما نصه: وحكمُ بيع المزايدة أنها على مَنْ وقفتْ عليه فإن أعطى فيها رجلان عطاء واحدًا شاركه على مذهب ابن القاسم في العتبية. وقيل: هي للأول قاله عيسى فإن أعطياه معا اشتركا. وهذا في ما باعه الإمام في الدين وبيع السلطان والوكلاء وكل ما باعه غير مالكه. وأما ما باعه مالكه فإن أراد أعطاها للأول أو لهما أو لغيرهما بذلك أو بأقل ولا حرج عليه ما لم يرْكَن إلى أحدهما ويواطئه. وأما إن تحيّر في ذلك وطلب الحكم فالواجب ما تقدم، انتهى.

قلت: فإن أراد إعطاءها للأول إلى قوله أو بأقلّ معناه مع علمه بما أعطى كل واحد منهما وهو ظاهر كلامه، لأنه كيف يعلم أنه أقل أو أكثر وكون هذا أول وهذا ثانٍ إلاّ مع علمه بالجميع. فاعرفْه فإنه موضع أَخْذِ الحكم منه الذي أجبت به. والله تعالى أعلم، وبه التوفيق سبحانه.

الحمد لله، سأل سالم بن سعادة بن فاضل من المندرة خارج [62 ب] باب السويقة عن ولد توفي وترك أمًّا وأخًا وأختًا شقيقين وأختًا لأم، فطلبتْ الأخت للأم المذكورة الإرثَ في المتوفى المذكور مع الأم والشقيقيْن المذكوريْن، فهل لها ذلك؟ وما قَدْر ما تَرِثُ؟ والسلام.

أجاب عنه الفقيه المسراتي بما نصّه بعد افتتاحه: إذا كان الأمر كما ذكر فللأخت للأم في هذه النازلة الميراث ولا يمنعها منه مانعٌ. وقدر ميراثها في الفريضة المذكورة السدس من جميع مخلف أخيها المذكور، ولا مانع لها منه. والله تعالى أعلم.

وكتب الحاج سالم تحته: الحمد لله، الجواب المقيّد أعلاه صحيح وبمثله أجيب. والله تعالى أعلم. وطلَبَ مني الجواب فيه فكتبتُ بمذيّله وبمحوّل مذيله ما نصه: الحمد لله، للأخت للأم مع الأم والشقيق والشقيقة - وهم الورثة المذكورون- سدس شائع من جميع مخلّف أخيها للأم المتوفى وذلك لفقد من يَحْجِبها عنه. والله تعالى أعلم، وبه التوفيق.

الحمد لله، سألني مَن نابَ عن علي الرماني الجريح المذكور بَعْدُ وهو عمّه نَصْر الرماني من باجة، في أواخر جمادى الآخر أيضا عن نسخة رسْم صُلْح وإبراءٍ نصّه بعد سطر افتتاحه: أشْهَد علي بن بالقاسم الرماني عرف بوهمّين أنه أبرأَ الناصر بن أحمد الهزلي عُرف البولاقي مِن سبب الجرحِ الذي بأعلى رأسه من الجانب الأيمن وفشَلِ يده اليسرى،

على أن قَبَض منه عن ذلك خمسة دنانير نواصر صلحًا وأبرأه في ما بقي إبراءً تامًا قاطعًا لجميع الأيْمان والعلق والتبعات، ومن جميع الدعاوى كلها والمطالب جملة بأَسْرِها، ما كان منها بالشهادة أو بغير شهادة في ذمة أو أمانة، وأسقط عنه الإيداع وإيداع الإيداع ما تناهى وتسلسل إلى أبعدِ غاية وأقصَى نهاية، وكل حجّةٍ يحتجّ بها أو دعوة يدّعيها أو طالب منه يمينًا بعد هذا فحجّتُه داحِضَة ودعواه باطلة. وحضرتْ والِدَتُه أم زايد بنت عبد القادر من قَبِيلِهِ ورضيتْ بما فعَل ولدها ووافقت عليه والتزمت عقبى دَرَكِه التزامًا لازمًا لها. شهد على إشهاهما بذلك وهما بالحالة الجائزة بتاريخ أواخر صفر الخير عام ثمانية وثمانين وتسعمائة [988 هـ / أواسط أفريل 1581 م] وعرفهما فلان وفلان.

السؤال بعد افتتاحه: جوابكم بعد تأملكم من نسخة الرسم المسطورة أعلاه وأنّ عليًا المذكور أعلاه مَشى مِن باجة للحمَّام خارج البلد مع جماعة من الناس، فلما قضَوْا حاجتهم من الحمّام ورجعوا إلى بلدهم لعبوا في الطريق بالرمامي يرميها بعضهم على بعض إلى أن رمَى رجل منهم رماية على عليّ المذكور فأصابتْه بركيزها في الجانب الأيمن من رأسه، وَوَحَل ركيز الرماية في رأسه فما أخرجوه إلاّ بالجَبْدِ فتكسر العظْم وخرق الحجاب الذي تحت العظم، فبقي أهله يعالجونه من وقت الإصابة في أوائل فصل الربيع إلى أوائل فصل الخريف، وذلك ما يقرب من تسعة أشهر[1] حتى جاءهم مَن تسلّط عليهم حتى صالحوه الصلح المنْسوخ أعلاه، وذلك قبل أن يبرأ من الجرح المذكور. وكان حدث له من الضربة المذكورة فَشَلٌ في يده اليسرى [63 أ] أضعفتْ قُوتها ولم تبطل منفعتها. وبعد وقت الصلح المذكور صار حالها يزداد إلى أن بطلَتْ الآن قوتها كلّها، وصار الرجل يسقط إلى الأرض مغشيًا عليه

1) كذا بالأصل، والصواب: ستة أشهر.

ويصْفَرُّ لونه ويتقيّأ الدم ويذهب عقله ويبقى غائب العقل يوما وليلة ثم يفيق، وفي كل شهر يصيبه ذلك. وهذا حاله من وقت الصلح المذكور إلى الآن، فضعُف جسمه من ذلك وصار أمره إلى العدم. فهل لوليّه مقالٌ في ذلك مع غريمه ولا عمل على الصلح والإبراء المذكور، أو لا مقال له والصلح قاطع لقيامه؟ وإذا قلتم بفسخ الصلح والإبراء فما يجب لعلي المجروح في ذلك؟ والسلام.

فأجبتُ بما نصه بعد افتتاحه: تصفّحتُ نسخة رسم الصلح المسطورة أعلاه ووقفتُ على ما تضمّنه السؤال. وإذا كان الأمر كما ذكر فلا عمل على الصلح المذكور لعلي المجروح أو لمن ينوب عنه نيابة شرعية القيام في ذلك لأن الذي رجع إليه ابن القاسم -رضي الله تعالى عنه- في سماع عيسى أنه لا يجوز الصلح عن الجرح إلاّ بعد بُرْئه، قال: لأني أخاف أن يأتي على النفس. ووقع له في سماع أصبغ: لا يكون عقل ولا صلح إلاّ بعد البرء، انتهى.

ألا ترى أن اليد في النازلة تزايد ضعفها حتى آل إلى ذهاب منفعتها وانضم إلى ذلك ذهاب العقل. فدخل الصلح عن الجرح في النازلة قبل بُرْئه الأخطار. وقد أشار إلى التعليل به في سماع عيسى المذكور على أن الإبراء المنسوخ أعلاه مجْمَل لأنه لم يذكر فيه حدّ الجرح ولا قدر دِيَته فصار الصلح عنه صُلْحًا عن مجْمَل مجهول، ولأنه لم يفسّر فشل اليد حتى يعلم قدر نقصها وقدْر دِيَة ذلك النقص.

وقوله: وأبْرَاه مما بقي لم يفسّر فيه القدر الذي بقي لعلي المجروح من حقه الذي أبرأ عنه. فهذا إجمال في ثلاثة مواضع من الإبراء واحد منها على انفراده يوجب بُطْلانُه فكيف بمجموعها. فإذا انفسخ لما قررناه فعلي المجروح قد شُجّ مأْمُومة أفضَتْ إلى أُمّ دِماغه وشلّتْ يده وجُنّ عقله يومًا وليلة من الشهر، حسبما ذكر في السؤال، فله في المأمُومَةِ

ثُلُث دية النفس. قال الشيخ ابن عرفة: كل المذهب عليه. وله في شلل يده وهو عدم منفعتها وذهابها نصف دية النفس. وله في ذهاب عقله يومًا وليلةً من الشهر عُشُر ثلث دية النفس. وهذا الذي قلناه في اليد والعقل وجْهه أن جرح الرأس المذكور قد تنامي في غير محلّ الجرح فيكون فيه دية الجرح ودية ما تنامى إليه. قاله الشيخ المغربي في كبيره مقتصرا عليه كأنه المذهب. قال القاضي أبو الوليد بن رشد -رحمه الله تعالى-: لو ذهب عقله مِن ضربة الرأس كما لو ضربه فأصابته مأمومة وذهب عقله فعلى مذهب مالك -رضي الله تعالى عنه- أن العقل محله القلب تلزم دية العقل ودية المأمومة لا يدخل بعض ذلك على بعض. وقال الشيخ ابن عرفة -رحمه الله تعالى-: المذهب إن العقل فيه الدية. وقال ابن رشد: إن نَقص بعضُه ففيه بحسابه، وفي المختصر: والدية في العقل.

قال الشيخ بهرام في وسطه ما نصّه: هكذا جاء في الحديث أن العقل فيه الدية كاملة، وقاله عمر -رضي الله تعالى عنه- وغيره، وبه قال مالك وأصحابه. قال اللخمي [63 ب]: فإن جُنّ مِن الشهر يوما وليلة كان له جزء من ثلاثين جزء من الدية، وإن جُنّ النهار دون الليل أو بالعكس كان له جزء من ستين، انتهى.

وهذا كله على الجارح المذكور إن لم تكن له عاقلة بناءً على أنه يؤدي معهم لو وُجدوا. قاله الشيخ ابن عرفة -رحمه الله تعالى-. ودخوله معهم هو مذهب المدونة وغليه درج في المختصر. وقال في الشامل: على الأصح، وقال الشيخ بلحسن على المذهب، واستظْهره أيضا القاضي أبو الحسن بن القصار، وقال الشيخ اللخمي: هو الصواب.

وحاصل الجواب أنّ الصلح والإبراء مفسوخ لوقوعه قبل البرء ولإجماله في المُصَالَح عنه وفي الحق الباقي، وللمجروح دية المأمومة ودية شلل اليد وعشر ثلث دية النفس عما ذهب من عقله بقدره، وذلك على الجارح في عدم العاقلة. والله تعالى أعلم، وبه التوفيق.

تذييل، سماع عيسى نقله الشيخ أبو العباس أحمد القلشاني في شرحه الرسالة في قولها: ولا يُعْقَل جرح إلاّ بعد البرء، فقال تنبيه: هل يجوز الصلح عن الجرح قبل برْئه؟ قال في العتبية: لا يجوز إن صالحه عن الجراح والموت إن كان لكن يصالحه بشيء معلوم ولا يدفع إليه شيئا. فإن عاش أخذ ما صالح عليه وإن مات كانت فيه القسامة والدية في الخطإ والقتل في العمد. وقال أيضا في سماع عيسى: إن صالحه على أكثر من الجراح لم يجُزْ وكأنه صالحه على ما ترامى إليه وهو خطار. ثم رجع فقال: لا يجوز الصلح إلاّ بعد البرء لأني أخاف أن يأتي على النفس. قال عياض في كتاب الصلح من التنبيهات: وعلى هذين القولين أجرى أصحابنا الخلاف في الصلح على الجرح وما ترامى إليه. وهي هذه المسألة بعينها انتهى. والذي عزَوْتُه لسماع أصبغ هو في الورقة الثامنة عشرة من جراح الشيخ ابن عرفة ونصه: سمع ابن القاسم أصبغ: مَن صَالح عن موضَّحَة ثم صارتْ منْقلة لا يكون عقل ولا صلح إلاّ بعد البرء، فإن وقع هذا رجع بفضل المنقلة، وإن مات أقسموا أنه مات منها ورُدّ الصلح وأخذوا العقل كاملا. ابن رشد: قوله رجع بفضل المنقلة صحيح اتفاقا لأنه إنما صالح عن الموضحة والعمد والخطأ سواء. انظر بقيته فيه.

قلت: قوله: والعمد والخطأ سواء يشير إلى أن ديتهما في مال الجاني لأن الخطأ إنما تحمله العاقلة إذا بلغ ثلث الدية فأكثر، والواضحة إنما فيها نصف عشر الدية، والمنقلة إنما فيها عشر الدية ونصف عشرها.

قال الشيخ ابن عرفة في ثانية دياته: كل المذهب على هذا القدر فيهما، انتهى. والخطار الذي أشرت إليه في الجواب ثار من قول شهود الصلح: وأبرأه في ما بقي له. فهُمْ قد أبْهَموا ما بقي له قصد التعميم ليدخل فيه ما عسى أن يترامى إليه الجرح المذكور من موت أو غيره، فجاء الخطر الذي صرّح به في سماع عيسى وعلّل به منع الصلح، فتأمله منصفا. ألا ترى أنّ الجرح في الرأس قد حدث عنه رخو اليد وضعف قوتها، ثم لم يزل يتزايد إلى أن أذهب منفعتها أصلا. ووقع في الورقة السادسة عشرة من جراحات الشيخ ابن عرفة -رحمه الله تعالى- تأخير القَوَد في [64 أ] العمد والعقل في الخطإ سنة لتمرّ عليه الفصول الأربعة، فاعرف ذلك، لأن مسألة تأخير الصلح تنظر إلى تلك المسألة، ولذا ساق الشيخ القلشاني التنبيه المذكور في مسألة الصلح عقب مسألة تأخير العقل، فاعرفه. وكلام الشيخ ابن عرفة في عقل المأمومة هو في ثانية دياته. وقول الشيخ المغربي في تنامي الجرح في غير محلّه وقع في سادسة ديات كبيره في قولها: ومن شجّ رجلا موضّحة خطأً ذهب منها سمعه وعقله فعلى عاقلته ديتان ودية الموضحة. وفَصّل -رحمه الله تعالى- بحث التنامي تفصيلاً بديعًا موعبًا للتنامي في العمد وفي الخطإ واستوفى أقسامهما. وهذا الذي ذكره في تنامي جرح الخطإ أَجْرَيْتُ عليه النازلة لأنّ جرح اللعب حكمه حكم الخطإ. قاله في أول جراح المدونة وفي أول جراح الشامل على الأصح. وقد ذكر السائل في النازلة أن الجماعة كانوا في لعب وما وقع من الجرح على وجه اللعب.

فإن قلتَ: فإذا كان اللعب له حكم الخطإ في النازلة فكيف تجعل الدية فيه في مال الجاني؟ وقاعدة المذهب أنّ « دية الخطإ هي التي تحملها العاقلة ». قلتُ: إن العاقلة وهي السبع مائة رجل يجتمعون إلى أب واحد عزيزٌ وجودُها، فعقل الجناية التي كانت على العاقلة

تعود على الجاني في عدمها حسبما ذكرتُه في خاتمة الجواب وذكرت مبناه، وسيأتي له زيادة بيان. وكلام ابن رشد في ضربة الرأس مأمومة ذهب منها عقله نقله الشيخ ابن ناجي في سادسة جراح كبيره، وذكره الشيخ المغربي كذلك، ونقله الشيخ ابن عرفة في الورقة الحادية عشرة من جراح مختصره.

وقوله: لا يدخل بعض ذلك على بعض، هذه الزيادة وقعتْ في نقل المغربي لا في نقل ابن ناجي وابن عرفة. وكلام الشيخ ابن عرفة في دية العقل وقع في خامسة دياته ونقل هنالك كلام ابن رشد المتصل به هنا متصلا به هنالك، وكلام المختصر والشيخ بهرام في وسطه وقع في تاسعة الجراح منه، وكلام اللخمي في دية العقل المطبق وغير المطبق نقله أيضا الشيخ ابن عرفة في خامسة دياته المذكورة متصلا بكلام ابن رشد فيه، ونقله ابن ناجي في سادسة جراح كبيره إثر كلامه في دية العقول.

قولي: وهذا كله على الجارح المذكور إن لم تكن له عاقلة بناءً على أنه نودي معهم إذا وُجدوا، قاله الشيخ ابن عرفة. هذا الفصل ومبناه مأخوذ من كلام الشيخ ابن عرفة. قال -رحمه الله تعالى- في ثامنة دياته ما نصُّه: الباجي: يؤدي الجاني مع العاقلة، قاله مالك، وقال بعض أصحابنا: أداؤه استحسان ليس بقياس. ابن عرفة: مقتضى عزْوه عدم دخوله لبعض الأصحاب أنه لا يحفظه رواية خلاف قول ابن شاس في دخول الجاني في التَّحَمُّل روايتان، وتبعه ابن الحاجب وقبله ابن عبد السلام وابن هارون ونقله اللخمي معبّرًا عنه بقوله: وقيل لا يدخل عليه، وإن لم تكن عاقلة تسقط الجناية، وعلى الأول إن لم يجد من يعينه فيها عادت عليه، وقيل على بيت المال فإن لم تكن أو عَسُر تناولها كانت عليه، انتهى.

قولي: ودخوله معهم هو مذهب المدونة الخ، لما ظهر من كلام الشيخ ابن عرفة إن أداء الجاني جميع الدية [64 ب] في فقد عاقِلَتِه مبنيّ على القول الأول وهو دخول الجاني معهم في الأداء لو كانوا موجودين، وإنّ عَدَم أدائه لجميعها وهو سقوطها في فقد العاقلة مبْنيٌّ على القول الثاني بعدم دخوله معهم في الأداء. وجزمتُ في الجواب بلزوم أدائه لجميعها في فقدهم لزمني من هذا الظهور والجزم المذكورين أن نذكر راجحية القول بدخوله معهم إن وُجِدوا ليتبيّن منه راجحية ما جزمتُ به من أدائه للجميع في فقدهم، لأجل أن القول بدخوله معهم إذا وُجِدوا أصلا لأدائِه للجميع إذا فقدوا. ففي راجحية الأصل المبني عليه راجحية الفرع المبني. فذكرتُ أنَّ دخوله معهم إذا وجدوا هو مذهب المدونة إلى قولي: وقال اللخمي هو الصواب. فإذا كان الأصل الذي هو دخول الجاني مع عاقلته في الأداء راجحًا بهذه الترجيحات كلها لزم أن يكون فرعه الذي مبناه عليه وهو أداؤه للجميع راجحا كذلك. وهذا تقرير لا غبار عليه.

الشيخ بهرام: في دخول الجاني مع العاقلة روايتان، ومذهب المدونة منهما دخوله، واستظهره ابن القصار. قال اللخمي: وهو الصواب، انتهى. ذكر ذلك في قول المختصر: والجاني كأحدهم من وسطه. وقول الشيخ بلحسن هو من شرحه للرسالة تحقيق هذه الجناية في النازلة من الخطإ لا مِن العمد، لقول الشامل في أول جراحه: فإن كان في لعب فخطأ على الأصح، انتهى. قلت: وصرح بذلك في أول جراح المدونة: وإذا كانت من باب الخطإ دون العمد فقال في الشامل وجبت دية جزء في خطإ على عاقلة جانٍ وعليه على الأصح إن بلغت ثلث ديته. ثم قال: وأُلْحِق بالخطإ ما لا قصاص فيه كجائفة ومأمومة وكسر فخذٍ إن بلغ الثلث لا في ماله على الأصح. ثم قال: ولا تُحمل

جناية عبدٍ ولا صلح ولا قاتل نفسه ولا عمد وكذا اعتراف به ويكون في ماله. ثم قال: وما نقص عن الثلث ففي ماله حالا. وكذا في آخر جراحها. وعقل المأمومة والجائفة عمدا على العاقلة.

فعُلِم من هذا أن دية نقص العقل وهو عشُر ثُلث دية النفس يكون على الجاني لقوله وما نقص عن الثلث ففي ماله. وأما دية المأمومة وهي ثلث دية النفس ودية اليد وهي نصف دية النفس أصلهما على العاقلة، فإن عُدمت فعلى الجاني لما مرَّ مِن بناء الشيخ ابن عرفة -رحمه الله تعالى[1]- [65 أ]

الأجطلية زوجة علي بن عبيد

8		24	720	4760
1	اما	04	120	1560
7	ت			
العلوية زوجة			045	0315
المشرقية زوجة		3	049	0315
سالم ابنًا			068	0476
سليمة بنتًا		17	034	0238
مباركة بنتًا			034	0238
أم كلثوم بنتًا			034	0238
حليمة بنتًا			034	0238

1) انتهت المسألة السابقة قبل تمام الورقة 64 ب فترك الناسخ بياضا مقداره عشرة أسطر تقريبا وجاءت المسألة الموالية في الورقة 65أ مبتَدَأة بعرض فريضة وُضع لها عنوان جانبي سماها به «الأجطلية زوجة علي بن عبيد» وصورتها كما يلي في النص.

عطية ابنًا		068	0476
حفصة بنتًا		034	0238
خديجة بنتًا		034	0238
فاطمة بنتًا		034	0238
زينب بنتًا		034	0238
محمد ابنًا		068	0476
بريكة بنتًا		034	0238
	30	67	410

الحمد لله، نسبنَا 1560 سهام مسعودة الأجْطلية من المسألة 5760 بمُنَاسَخَتِها فكانت نسبتها من المسألة ثمنيْن اثنين وسدس الثُّمن. وبيانه ثلاثة عشر سهمًا من ثمانية وأربعين سهمًا وهذه صورته 8x6. وأوقعنا النسبة المذكورة بينهما بعد زوال الاشتراك بين سهامها والمسألة. فقد اشتركا بثلث ربع العشر، وبقي مِن سهامها ثلاثة عشر، ومن المسألة ثمانية وأربعين، وقعتْ النسبة فكانتْ كما وضعناه.

بسم الله الرحمان الرحيم، وصلى الله على سيدنا ومولانا محمد وآله وصحبه وسلم. بعد أن توفيّ الحاج المرحوم أبو خديم عبيد بن أبي الحسن علي النويري المشرقي عرف بابن بريكة إلى عفو الله تعالى، أحاط بميراثه زوجه مسعودة بنت محمد المشرقي عرف الأجْطل وولده منها الفقير المكرم أبو الحسن علي لا غيرهما ثم توفي الفقير علي [65 ب] الولد المذكور فورثه والدته مسعودة الأجْطلية المذكورة وزوجتاه عائشة بنت العابد العلوي وعائشة أيضا بنت عبد العالي المشرقي وأولاده، فمن عائشة العلوية: سالم وسليمة ومباركة وأم كلثوم وحليمة، ومن

عائشة المشرقية عطية وحفصة وخديجة وفاطمة وزينب، ومن غيرهما محمد وبريكة لا غيرهم في علم من علمه وشهد به في غير هذا. وظهر أنّ عطية تركَهُ والده المذكور صغيرًا مهملاً عن الوصي والمقدم. كما ظهر أن ما خلّفه المتوفى الأول المذكور موروثًا عنه ما يُذكر. وذلك جميع القسم الجوفي المفرز من جميع الموضع المشجر بالزيتون الكائن بأرض بياش من طاجُنَّة[1] من غابة تونس. يحدّ الموضع المذكور قبلة وشرقا الطريق وجوفا حقّ لبالطيب كرْكَاب وغربا حق للحُبُس وغيره. ويشتمل القسم المفرز المذكور على ثلاثة وأربعين مرجعًا وعلى مائة واحدة واثنين وستين عودا زيتونا.

وجميع الموضع زيتونا الكائن بطريق الراعي من شُطْرَانة[2] وبه خمسة وسبعون عودا زيتونا. يحدّه قبلةً حظ للشريف بوفَارِس وشرقًا وجوفًا طريق.

وجميع السانية المشجّرة بالزيتون الكائنة بأرض شطرانة من طاجُنّة. يحدّها قبلةً حق للأمين علي الفاسي وشرقًا حق للنعساني وغربا حُبُس يُعرف بالأمين عزُّوز. وجميع الطريفة المشجّرة زيتونا الكائنة بشُطْرانة ظاهر تونس، يحدّها قبلة حق للشيخ عبيد المشرقي وشرقًا حق للشريف الكمّاد وجوفا حق للمصمودي وغربا حق للشيخ.

وجميع السانية الأرض البيضاء الكائنة بأرض شكلي من طاجنّة، يحدّها قبلة حق لإبراهيم عادل وشرقا قسيمها وجوفا حق للحاج عبيد النوالي وغربا حق ليعيش.

1) كذا وردت تسمية هذه الناحية من ضواحي مدينة تونس مضبوطة في النص بضم الجيم وتشديد النون، وهي ناحية توجد فيها قرية شطرانة وقرية دار فضال وغيرها القريبة من منطقة سكرة شمالي شرقي أريانة.

2) قرية بضواحي مدينة تونس تقع على طريق ضاحية المرسى.

مع جميع الطريفة الكائنة بالأرض المذكورة. يحدّها قبله حق لضيف الله التومي وشرقا حق للخضراوي وجوفا حق للنفطي وغربا حق للشكيلي.

وجميع الموضع المشجّر زيتونا الكائن بأرض جعْفَر جوفي بلد أريانة، يحدّه قبلة حق للقاري عبد السلام السماوي وشرقا طريق وجوفًا حق كان لحسين والآن لورثة الدهماني وأبي فاكر وغربا حق للفقيه أحمد بلعيد.

وجميع الطريفة المشجرة بالزيتون الكائنة بأولاد علات من طاجنّة وتعرف بابن مهرة، يحدّها قبلة وجوفًا حق للحاج عبيد بن بريكة وشرقا حبس وغربا حق للشريف أبي الحسن.

وجميع الطريفة زيتونا الكائنة بالسراغين من أراضي عاصم، يحدّها قبلة قسيمها وشرقا حبس وغربا ابن منصور.

وجميع السانية الأرض البيضاء وبها أعواد زيتونا الكائنة بأرض الخضراء ظاهر تونس المحروسة، يحدها قبلة الطريق وشرقا حُبُس وجوفًا وغربا حقٌّ لجانب المخزن المعمور.

وجميع الشراك بياضًا المعروف بعنق الجمل الكائن بالخضراء ظاهر تونس، يحدّه قبلة طريق وشرقا حق للأمين عبيد ابن بريكة وغيره وجوفا طريق وغربا حق للمؤذن.

وجميع الشراك الأرض البيضاء الكائن بأرض الخضراء ويعرف بالعوسج. يحده قبلة وجوفا طريق وشرقا الأمين عبيد بن بريكة وغيره وغربا ورثة الرفيعيين.

وجميع السانتين بياضا [66 أ] الملاصقتين الكائنتين بالنوائل داخل باب درب الخضراء. يحدّها قبلة حق للجويني ومقبرة اليهود وشرقا

السور وغربا النوائل وجوفا حق هو الآن للأمين عبيد بن بريكة، ويعرف غربي القبلية منهما برمادة.

وجميع دار سكناه الغربية الباب بالنوائل والحوش الملاصق لها من قبيلها تعريفهما به كافٍ مغْنٍ عن تحديدهما بحقوق الملك المذكور ومنافعه.

والذي خلص لمسعودة الأجْطليّة المذكورة من زوجها وولدها من فريضة الملك المذكور على تناسخ المواريث ثُمُنَان اثنان وسُدس الثمن شائعة في جميع الأملاك المحدودة المذكورة وهو ثلاثة عشر سهمًا من ثمانية وأربعين سهمًا جملة سهام الملك المذكور، بعد زوال الاشتراك العارض بين سهامها والمسألة ولها أيضا سدس سابع في ملك ولدها الفقير أبي الحسن علي المذكور الخاص به وهو جميع الأرض البيضاء وبها أعواد زيتونا وتُعرف بالفرائد في جوفي منزل دار فضّال من طاجُنَّة يحدّها قبلة حق للرصاع. . . .[1]

والحاج الغماد وضويو[2] وشرقا حق للدَّخْلي وغيره وجوفا حق لابن ناجي وورثة الحاج محمد الطنجي وغيرهم وغربا حق للابن[3] وطريق رقيقة وحق للمخزن.

مع جميع الطريفة زيتونا في قدر اثنين وعشرين عودًا زيتونا بالأرض المذكورة. يحدّها قبلة حبس وشرقا وجوفا حق لورثة الفقيه الرصاع وغربا طريق.

وجميع الطريفة الأرض البيضاء الكائنة بشاطئ أولاد علات من طاجنّة. يحدّها قبلة حق لابن الزاوية وشرقًا وجوفًا الأمين عبيد بن بريكة في قدر أربعة مراجع.

1) بياض بمقدار كلمتين بالأصل.
2) كذا بالأصل.
3) بياض بمقدار ثلاث كلمات بالأصل.

وجميع الطريفة زيتونا الكائنة بأولاد علات من طاجُنّة. يحُدّها قبلة ورثة العبوس وشرقا طريق رقيقة وجوفا حق للحاج عبيد النويوي وغربا حق لجانب الحبس.

وجميع الموضع المشجّر بالزيتون الكائن بأرض الساحلين، يحدّه قبلة حق حبس لجامع دار فَضّال وشرقا حبس للشيخ الكلاعي وجوفا حق لأولاد المكسر وغربا حق للنحّال.

أشهدتْ الآن مسعودة الأجْطَلية المذكورة أنها جعلت ثُمُنَيْها وسدس الثمن السابع من الفريضة الأولى وسدسها السابع من ملك ولدها الخاص به وهو الخمس قطعات المحدودة المذكورة. جعلتْ نصيبها المذكور من الجميع أثلاثا فثُلثه الشائع وهبْته لأحفادها الأصاغر الثلاثة عبيد وحميدة ولديْ حفيدها للابن محمد المذكور، ومحمد ولد حفيدها للابن سالم المذكور. يكون هذا الثلث شطريْن شطره الواحد بين الأخويْن عبيد وحميدة المذكوريْن بالسواء وشطره الآخر لمحمد بن سالم، والثلثان الشائعان من نصيبها المذكور وهبتهما معًا لحفدتها للابن محمد وسالم المذكورين وعطية الصغير المهمل المذكور، بالسواء بين ثلاثتهم لا فَضْلَ لواحد منهم على آخر.

وهبت نصيبها المذكور أثلاثا للأعيان المذكورين على التفسير المذكور بالحقوق والمنافع. هبة بتّةً بثْلَةً ابتغاء ثواب الله تعالى وصِلَة لرحِمِهم فإنه سبحانه وتعالى يَجْزِي المتصدقين ولا يضيع أجر المحسنين. وأذنت لحفيديْها محمد[66 ب] وسالم المذكوريْن في أن يقبلا لأنفسهما ولأخيهما للأب عطية لصغرهِ الثلُثين الخاصّيْن بثلاثتهم ولأولادهما الثلث الخاص بهم أيضا وفي حوز ذلك كذلك. فقبلا ذلك منها لهما ولأخيهما ولأولادهما وحازا ذلك كلّه كذلك حوْزَ المشاع بالتّطوُّفِ عليه في أماكنه المذكورة بمعاينة شهيديْه وبمحضر المعرف

لشهيديْه بالأملاك المذكورة كما يجب وهو الأمين المعظم أبو العباس أحمد بريك، فارغًا ذلك كله مِن شواغل مسعودة الواهبة عدا دار السكنى لضرورة ثواء الواهبة الآن بالبيت الغربي منها. وحظ الدار المذكورة أقل من ثلث مجموع النصيب جزْمًا. وهي في ذلك عارفة قدْرَ هبتها المذكورة المعرفة التامة. شهد على إشهادهم بذلك أربعتهم في الحال الجائز مَن وقف على الوفاة والوراثة في أواسط شهر ربيع الأول الشريف بمولد نبينا محمد - صلى الله عليه وسلم تسليما- عام واحد وألف [1001 هـ / أواخر ديسمبر 1593 م] بمعرفة ذات الرجلين وبتقرر التعريف بالواهبة وممن عرفها المعرّف المذكور بمعرفته التامة.

الحمد لله، قولنا: في رسم الهبة المكتتبة مبيضته قبل هذا وفي حوز ذلك كذلك الإشارة بذلك عائدة على النصيب الموهوب المذكور، واسم الإشارة المجرور بكاف التشبيه عائد على القبول الموصوف. والمعنى أنه كما أنها أذنت لهما في القبول لأنفسهما ولأخيهما ولأولادهما فقد أذنتْ لهما أيضا في الحوز لأنفسهما ولأخيهما ولأولادهما. فالمشبّه به هو القبول والمشبه هو الحوز ووجه التشبيه وهو المعنى الذي وقعتْ فيه المشابهة هو كون كلّ من القبول والحوز وقع لأصناف ثلاثة، الأول محمد وسالم والثاني أولادهما والثالث أخوهما عطية. وجعلت الحوز لعطية في ما وهبتْ له جدّته الواهبة لمن عيّنتْه الواهبة، وإن كان غير أب ولا وصي ولا قاض ولا مقدّم قاض ولا حاضنته وهي أمه. معتمدًا في ذلك على قول ابن القاسم في أول هبة المدونة: ومن وهب لصغيره هبة وجعل مَن يحُوزها له إلى أن يبلغ وتُرضى حاله فتدفع إليه وأشهد له بذلك فذلك حوْزٌ وإن كان له أب أو وصي حاضر فإذا بلغ فله أن يقبض.

وقول الشيخ المتيطي -رحمه الله تعالى-: مَن حبَّس على صبي صغير لا أب له ولا وصي فقُدِّم مَن يحوز له جاز، تعقبه الشيخ ابن

عرفة -رحمه الله تعالى- بقوله: مفهومه أنه إن كان له ولي لم يصحّ حوز الأجنبي له، وهو خلاف قولها: ومن وهب لابنه الصغير العبْدَ هبة وأشهد لم يكن له حائزًا لأن سيّده يحوز ماله دون الأب. فإن جعل الأب هذه الهبة بيد أجنبي يحوزها للصبي جاز ذلك وكونه حوزا وإن كره السيد، انتهى.

قلتُ: فقول ابن القاسم هذا هو سندي في ما فعلتُ على أن الحاضن لا يحوز للمحضون على المنصوص، قاله في الشامل. وكلام الشيخ المتيطي وقع في ثامنة حُبس مختصر نهايته وتعقّب الشيخ ابن عرفة -رحمه الله تعالى- أن الحبس والهبة في هذا الحكم سواء وهو جعل المعطي حوْز ما أعْطى من حبس أو هبة للصبي بيد أجنبي يحوز ذلك له، ولو كان له أب أو وصي وأحرى [67 أ] القاضي ومقدّمه سواء قلنا إنّ المقدم نائب عن الأب أو قلنا هو نائب عن القاضي الذي قدّمه. اعرف القولين في الوكالة وفي الأقضية من ابن عرفة، واعرف بحث القبول في الورقة السابعة ومائتين من الجزء السادس، وفي الورقة الثانية والخمسين من الجزء السابع مرَّتْ في هذا.

الحمد لله، سألني الخروبي المقسوم عليه لغيبته بَعْدُ وهو الخروبي ابن علي بن سالم بن منصور الخروبي اللواتي، من أهل قلعة الزغارنة وهي القلعة الكبيرة. في أواخر صفر الخير عام واحد وألف [1001 هـ / أوائل ديسمبر 1592 م] ثم بعد أن عالجتُ القضية استخرجتها تركها ولم يرْفَعْها فأثبتُّها هنا لما اشتملَتْ عليه من فروع مفيدة تعبتُ في استخراجها وذلك عن نسخة رسم نصّه بعد افتتاحه: بعد أن كان في الزمن الفارط في أواسط جمادى الثانية من عام ثلاثة وسبعين وتسعمائة [973 هـ / أوائل جانفي 1566 م] وقع بين الشقيقيْن محمد وعلي ولديْ سالم بن منصور الخروبي اللواتي قسم وتفاصل في أملاكٍ تُذكَرُ

بَعْدُ. أخذ بسببه منها محمد المذكور الكرمة المعروفة بعبد الظاهر والجنة ذات أصول التين تعرف بالمشماشة عدا الأصل زيتونا الذي بها لعلي المذكور، والنصف المفرز بالقاسم من الجنة تعرف بالمرابط مبارك المشتمل على التين والزيتون وهو الشرقي الوضع منها، والثلثين المفرزيْن بالقسم من السانية المعروفة بالقديمة مع أصلين زيتونا بالسانية المذكورة بأحواز البئر من جوفيه مع أصلين آخرين يُعرفان بمحمد بن عبد الله، والدار الفوقانية تعرف بزريق عدا ثمنًا فهو لأولاد شقيقه علي مع البيت الشرقية بدار حريز.

وأخذ علي شقيقه المذكور السانية ذات البئر المعينة تُعرف بالفقيه سلامة، والنصف على الإشاعة من جميع الجنّة ذات أصول التين والزيتون تعرف بابن شريط مفرز بالقسم، ويحدّه قبلة محمد المذكور، والجنة ذات أصول التين والزيتون وتُعرف بمحمد بن عبد الله، وأربعة أصول زيتون بالبئر القديم على مَجَرِّهِ مع نصف جنة المرابط مبارك تينا وزيتونا وهو الشطر الغربي الوضع، والذّكّارة والمشماشة لم تزالا على حكم الإشاعة بينهما، مع جميع الدار السفلانية بساحتها وراحتها. واتفقا أنّ شارع الدار السفلى يطلع على محمد المذكور مع نصف دار محمد بن عبد الله وماء بئر القديم يمشي بينهما مشاعًا لسقْي الشجر. وما لم يُقسَم من الرباع باقٍ بينهما على الإشاعة، وانفصلا على ذلك حتى الآن. تنازع ورثة الأخوين المذكورين في الرباع المذكورة مدّعين أولاد علي المذكور أن لهم هبة مِن جدّتهم للأب عزيزة زوجة سالم المذكور وأرادوا التوصل إليها وفسخ القسم المذكور بين أبيهما وعمهما في الأملاك المذكورة لوقوعه على غير الأوضاع الشرعية بينهما، إذ سالم المذكور توفي فورثه زوجه عزيزة الواهبة المذكورة وأولاده منها علي ومحمد المذكوران ومسعودة وسالمة فظهر أنهما اقتسما [67 ب] ما لا يملكان كله شرًّعًا،

وتوفي محمد أحد المقاسميْن المذكوريْن فورثه أولاده منصور وعلي وفاطمة وفضّة وعائشة ومريم. وتوفي شقيقه علي فورثه زوجه عزيزة بنت بو صابر وأولاده منها سالم ومحمد والخروبي وعزيزة.

وتنازعوا في الأملاك المذكورة وترافع الذكور من الفريقين لدى مَن يجب في ذلك وسألوه أن ينظر في قضيبهم بموجب الشرع. فحضر لديْه منصور وعلي ولدا محمد ومحمد وسالم ولدا علي وعبد الله بو صابر في حق الخروبي بتقديم من يجب المذكور. وأشهد خمْستهم أنهم أمضَوْا القسم والتفاصل في الأملاك المذكورة الواقع بين الولديْن محمد وعلي المذكوريْن في الزمن الفارط وأمضوه الإمضاء التام. وذلك بمحضر مَن يجب وموافقته إياهم على ذلك، بحيث تكون الأملاك المذكورة بين الفريقين على نسبة القسم الأول لأولاد محمد ما كان بيد والدهم ولأولاد علي ما كان بيد والدهم وأيديهم معه، في ما ذكروا أنهم أخذوا معه من الثُّمُن الموهوب لهم من جدتهم للأب عزيزة المذكورة وما كان استحقه ورثة حمزة وهو ثلث السانية القديمة المذكور من ورثة محمد المذكور ومن ورثة علي من الكرم والزيتون، تخارجوا فيه بالسواء بحيث صار لأولاد محمد المطيرة بالسانية القديمة، وتُعرف بمطيرة سيدهم شرقي البئر بانحراف إلى الجوف، والثُّمُن في الدار المذكورة وكرمات جنة المشماش. كل ذلك صار لورثة محمد المذكورين ولورثة علي كرمتان بجنة المشماشة من وضعها الجوفي التي تحت البئر والتي تليها دون التي على جالة الوادي فإنهما لأولاد محمد. بحيث صارت المطيرة والثُّمُن في الدار وكرمات جنة المشماشة وما ذكر من الأملاك المنسوبة لأبيهم لهم، والكرمتان المذكورتان مع ما ذُكِر من الأملاك ونسب فيه لأولاد علي لهم وله بمقتضى الوراثة فيه والهبة في الثمن من جدّتهم المذكورة.

والتزمَ كلّ من محمد وسالم وعبد الله المقدّم على الخروبي المذكور وهم ورثة علي المذكور عقبى كل درك يلحق أولاد عمهم محمد في ما بأيديهم من الأملاك وأخذوه. كما التزم منصور وعلي وهما ورثة محمد المذكور عقبى كل درك يلحق أولاد عمهم علي في ما بأيديهم من الأملاك وأخذوه. وذلك من جراء كلّ مِن الفريقيْن التزاما لازما لِمَا لهم اعترفوا بقدره والتزموا حكمه وذلك كله بعد مراعاة الثُّمُن الموهوب لأولاد علي وهم محمد وسالم والخروبي أنصافًا لما كان أخذه والدهم علي المذكور. اتفقوا على ذلك وانفصلوا عليه ومَن بيده شيء من الفريقيْن من الأملاك المذكورة تحصَّل بيده بمنافعه وعامة مرافقه القديمة والحادثة والطرق والمتطرق. ولم يبق بعد هذا التفاضل بين خمستهم من جراء ما ذكر من الأملاك حق ولا مطلب ولا تباعة ولا دعوى بوجه ولا متكلّم بحال.

شهد على محمد وسالم ولدي علي وعبد الله بو صابر المقدّم على أخيهما الخروبي مِن قِبَل مَن يجب، وعلى منصور وعلي ولدي محمد بما عن خمستهم فيه، وعلى الشيخ القاضي [68 أ] بإمضائه القسم الأول وسمع منه تقديمه عبد الله المذكور على الخروبي المذكور ليفاصل عنه بما ذكر وذلك بحالتهم الجائزة وعرفهم بتاريخ أوائل قعدة عام ثلاثة وتسعين وتسعمائة [993 هـ / أواخر أكتوبر 1585 م].

ونصّ السؤال بعد افتتاحه: جوابكم بعد تأملكم من نسخة رسم القسم المسطورة أعلاه والحالة -حفظكم الله تعالى- أن الأملاك كلّها مخلّفة عن الجد وهو سالم بن منصور، وكلّها ببلد القلعة الكبيرة، ولم يقع فيها أمر بين ورثة سالم الجد المذكور إلاّ القسم المذكور ، وأن القسم الأول وقع فيها بالجماعة. وذهب الشقيقان محمد وعلي المتقاسمان إلى سوسة أشهدَا العدول بقسمهما وأن سالمة شقيقتهما في إهريقلية

متزوجة متأهله وماتت قبل وقوع هذا القسم الأول بإهريقلية وتركت فيها أولادا ذكورا وإناثا كبارا كلهم، وأن بين القلعة وإهريقلية اثنا عشر ميلا وبين سوسة وإهريقلية ثمانية عشر ميلا والطريق مأمونة ومسلوكة. ومسعودة في القلعة اقتسما دون أن يُحْضِراها لقسمهما المذكور. وقد حكى شهود الرسم المنسوخ أعلاه الأملاك المقتسمة بصورة ما وقعت في رسم القسم الأول وذلك بأسماء الأملاك خاصة دون ذكر موضعها وتحديدها. كما ترونه في أول الرسم المنسوخ أعلاه.

وأما القسم الثاني المنسوخ أعلاه الذي تضمّن الموافقة على القسم الأول وإمضاءه فإنه وقع في القلعة أيضا واستدعيا الشهود والقاضي للقلعة وكتبوا وضمنوا تقديم القاضي على الخروبي الغائب في ما ذكر والحالة أنه غائب بتونس وبينها وبين القلعة ما يقرب من مسافة يومين والطريق مأمونة ومسلوكة. وضمن شهود هذا القسم الثاني شهادتهم على القاضي بإمضاء القسم الأول والحالة أنّ فاطمة وفضة وعائشة ومريم بنات محمد المقاسم في الرسم المنسوخ أعلاه، وعزيزة بنت علي شقيق محمد المذكور، كلّهن بالقلعة ولم يطلب المتقاسمون على حضورهن ولا حضور من ينوب عنهن . وأنّ الخروبي من حين قدومه من غيبته لم يزل يطالب ويخاصم في القسمة المذكورة وإلى الآن. فهل القسم الأول والثاني صحيحان أو باطلان أو يصح أحدهما دون الآخر؟ جوابكم تؤجرون والسلام.

فأجبت بما نصّه بعد افتتاحه: تصفحتُ النسخة المسطورة في الأعلا وتأمّلتُ ما تضمّنه السؤال. وإذا كان الأمر كما ذُكر فيه وثبتَ أن الأملاك المذكورة مخلّفة عن الجد سالم بن منصور المذكور فهذا القسم الأول المشار إليه في أصل القسمة فاسِدٌ ويجبُ فسْخُه لأنه من باب العداء على ملك الغير وبيع ملك الغير. قد أطلق عليه في الشامل وفي

الشرح الوسط أنه بَيْع عداء. وقد صرّح القاضي في التنبيهات -رحمه الله تعالى- أن بيع مال الغير بغير أمره من البيع الفاسد وهو من البيوع الداخلة تحت بيع الغرر ولا يجوز الإقدام عليه لاقتضائه الفساد. هكذا نقل عنه الشيخ أبو عبد الله محمد المغربي والشيخ البرزلي، دخَلَ نقل أحدهما في [68 ب] الآخر. وصرح الشيخ ابن ناجي -رحمه الله تعالى- بأنّ بيع ملك الغير إذا عَلِم المشتري أنه ليس للبائع فلا يجوز على المشهور. وقيل: يجوز إذا رضي ربه، انتهى.

وكلٌّ من ذكور الأولاد عالم بأخواتهم المشاركات لهم في وراثة الملك المذكور قطعا، والقسم المذكور إما قَسْم بيع ومراضاة ولازمه ما ذكر من الفساد وليس بتمييز حق الذكور المتقاسمين لإشاعة حقوق أخواتهم الإناث في المقسوم. ولو كان جعله قسم بيع ومراضاة على الاحتمال، وسبب ورود الاحتمال إبهام ذكر نوعه في الرسم المنسوخ لكان عقدًا محتملا للجواز والمنع. والمشهور مذهب ابن القاسم حمله على المنع وما حكي في أصل النسخة أعلاه من كيفية القسم الأول يقتضي ظاهره أنه قسم بيْع، إذ لم يذكر تقويمًا ولا تعديلا ولا قرعة. وعلى أنه بيع عداء فلا تطيب فيه الغلة بكلّ حال على ما صرّح به في التبصرة في حكم التعدي. وعزاه لمالك -رضي الله تعالى عنه- مقتصرًا عليه.

والأخوان المقتسمان في القسم الأول كلاهما عالم بأمهما وأختيْهما المشاركات لهما بالإرث بحيث إن الملك لا يختصّان به دونهن. ودليل ذلك قول شهود الرسم المنسوخ: فظهر أنهما اقتسما ما لا يملكان كله شرعًا، وأن قسمهما وقع على غير الأوضاع الشرعية. وقد صرحوا أيضا بما يؤذن بأن الأخوين محمد وعلي استوفيا جميع الأملاك حيث قالوا: أخذ منها محمد كذا وكذا الخ، وأخذ منها شقيقه علي كذا وكذا الخ، وما لم يُقسَم من الرباع باقٍ بينهما على الإشاعة. فهذا كما تراه

صريحٌ في استيفائهما جميع الأملاك ما اقتسماه منها وما بقي مشاعا فهو يُحقّق تعديهما على حظوظ غيرهما لخلو قسمهما عن ذكر شركاء فيه غُيَّب أو حضور.

وقد سئل الشيخ أبو محمد -رحمه الله تعالى- عمّن هلك وترك ورثة أحدهم غائب وترك حائطا اقتسموه بمحضر جمع لا بأمر سلطان وعزَلوا للغائب حَظَّه ووقع البيع في بعض تلك الحظوظ والاستغلال في بعضها والعمارة ثم قدم الغائب. هل يمضي القسم عليه أو لا يمضي؟ وهل تكون الغلة لمن اغتلّ أو لا؟ وهل يمضي البيع والتفويت فيها أم لا؟

فأجاب بأن القسم فاسد وتُردّ البياعات وما اغتلّه المتقاسمون فعليهم ردّه أو مثله إن كان له مثل أو قيمته إن لم يكن له مثل. وما اغتلّه المشترون إن كانوا عالمين بالغائب فعليهم ردّ حظه إليه من الغلة، وإن كانوا غير عالمين به فلا شيء عليهم منها ولهم أجر قيامهم وعلاجهم، انتهى.

قال الشيخ البرزلي: هذا لقوله في المدونة ولا يَقسِم لغائب إلاّ الإمام ويوكّل بذلك ويجعل ما صار له بيد أمين. انتهى محلّ الحاجة منه فظهر من جواب الشيخ -رحمه الله تعالى- أن هذا القسم على الغائب بالجماعة معدوم شرعًا لوقوعه من غير المتأهل لذلك. والقاعدة أنّ «المعدوم شرعا كالمعدوم حسًا» وقد أعطاه حكم البطلان ورد الغلة ورد البياعات. فينطبق هذا الحكم على القسم الأول في النازلة جَزْمًا لكون القسم على الغيب [69 أ] في النازلة معدوم حسًا فيكون فاسدًا، وتردّ البياعات إن وقعتْ في شيء من الأملاك والغلة كما قال الشيخ لفساده. وأما القسم الثاني المشهود به في أصل النسخة أعلاه فهو وإن كان فيه قسم قاضٍ على الخروبي لكنه مختلّ من وجوه. منها ما مرّ في القسم الأول من التفويت على الشركاء وهنّ النسوة الحاضرات ببلد القسم، وأولاد سالمة الغُيّب بإهريقلية، فيدخل هذا القسم الثاني من الفساد وثمراته

ما ذكر دخوله في القسم الأول سواء. ومنها أن القاضي لا يقسم ميراثًا بين ورثة طلبوه حتى يثبت عنده موت مورّثهم وعدد ورثته وأنه يملك الرباع المقسومة بلغوا أو كانوا صغارا. ولا يقضي بالقسمة بتقاررهم وإن كانوا بلغاء كلهم، ولا دين على الميت، وحتى يثبت عنده حيازة الأملاك المقسومة، وأنها تحتمل القسمة. وهذه الأمور كلّها قد خلا منها رسم القسم الثاني المنسوخ في الأعلا وفعله يتنزل منزلة الحكم منه على أصل ابن القاسم في المدونة، واختاره ابن محرز.

ومنها غيبة الخروبي الذي قدَّم عليه القاضي، ولا بد من ثبوت قرب غيبة أو بُعْدِها -صرح به في الطرر- وقد خلا الرسم المنسوخ عن ثبوت ذلك. ومنها ما ذكره السائل أنّ مسافة غيبته بتونس بينها وبين موضع القسم الثاني ما يقرب من يومين والأمن والسلوك. وقد أفتى القاضي أبو الوليد بن رشد -رحمه الله تعالى- بأن مسافة ثلاثة أيام ونحوها فأقل مع الأمن والسلوك لا بد من الإعذار إلى الغائب فيها فإما قدم وإما وكّل قائلا: هذا الذي أقوله وأراه على منهاج مذهب مالك -رضي الله تعالى عنه-، انتهى. وأفتى الشيخ ابن عتاب -رحمه الله تعالى- في قسمة مسألةٍ نظيرِ النازلة بوجوب الإعذار إلى الغائب فيها لقربه وخالفه غيره. قال الشيخ المتيطي -رحمه الله تعالى-: وقول ابن عتاب أَلْيَقُ وأجرى على الأصول، انتهى. وسلمه الأشياخ ابن عرفة وصاحب الفائق وابن ناجي بسكوتهم عنه.

ومنها خلو الرسم المنسوخ أعلاه عن الإعذار إلى أولاد سالمة بإهريقلية لقرب مسافتهم من القلعة موضع القسم الثاني. ومنها أنّ التزام كل فريق للفريق الآخر عُقْبي درك أخواتهم في ما أخذ بعقد القسم من باب التزام خلاص السلعة في الدرك، وذلك يوجب بطلان العقد والالتزام معا، وهو أصل ابن القاسم -رحمة الله تعالى عليه-. وكون الخروبي

لم يزل يطالب ويخاصم في القسم المذكور كما ذكر في السؤال قاطع لحجة غرمائه عليه إذا ادّعوْا عليه علمه بالقسم وسكوته، عملا بما وقع في كتاب الاستغناء عن سحنون والمشاور مسلّما له مقتصرا عليه. ولا حجة على الأخوات الحاضرات بالبلد أو بما داناه في سكوتهن عن القسم وعن منابهن فيه، لقول الشيخ المغربي في كبيره: يقوم من المدونة أنّ الأخت إذا سكتَتْ وتركتْ ميراثها عند أخيها سنين أو تصدقت به عليه لطلبه ذلك منها أن لها الرجوع في ذلك لأنها تقول لو طلبتُ ذلك منه لقطعني ومنعني رِفْدَه ولم يَكفّ عني ظلم زوجي، انتهى. [69 ب] ولا سيما على ما أفتى به القاضي ابن الحاج أن المرأة محمولة أبدًا على عدم العلم حتى يثبت عليها العلم، انتهى.

فظهر بما أصَّلْتُه بطلان القسم الأول والثاني وتعيّن رجوع كل وارث إلى حقه في الأملاك المذكورة، وإن شاؤوا القسمة أوقعوها على الوجه الشرعي المأخوذ حكمه من هذا الجواب. والله تعالى أعلم، وبه التوفيق.

تذييل، كلام الشامل وقع في ثالثة بيوعه في قالب الربع وكلام الشرح وقع في قول المختصر ووقف ملك غيره على رضاه، وكلام الشيخ البرزلي وقع في ثالثة بيوعه في العلة الرابعة، وكلام الشيخ أبي عبد الله المغربي وقع في خاتمة القاعدة الخامسة من قواعد البيوع من ترتيب القواعد والفروق، وكلام الشيخ ابن ناجي وقع في عاشرة حمالة كبيره، ونقلتُه في أول بيوع برنامج الشوارد في قول الشامل المذكور ونصه: قوله بطل البيع والكفالة كمن باع ما ليس له، وشرط خلاصه هذه كالنص في أن بيع الفضولي إذا كان المشتري عالما بأنه ليس للبائع فإنه لا يجوز البيع على المشهور، وقيل يجوز إذا رضي ربّه. وأما إن لم يعلم المشتري فالمشهور الإمضاء إذا أمْضى ربُّه، وقيل يُردّ. فإذا

جمعتَ الفرعين معا جاءت الأقوال ثلاثة ثالثها المشهور إن كان المشتري عالما بذلك فإنه لا يجوز وإلاّ جاز. واعرف تاسعة الجزء السابع مرّت من هذا الجزء المذكور، وكلام التبصرة وقع في الورقة الثالثة ومائتين منها ونصه: المتعدي يلزمه كراء ما تعدى فيه وأجرته بكل حال عند مالك -رضي الله تعالى عنه-، انتهى.

قلتُ: وما وقع في جواب الشيخ أبي محمد من ردّ الغلة كافٍ في ذلك في نظير الفرع فهو أبْيَنُ في الانطباق على النازلة. ومرَّ نقلُه في أصل جوابي. وقولي: كلاهما عالم الخ أتيتُ به ليكون موضع انطباق كلام ابن ناجي المذكور. وسؤال الشيخ أبي محمد وجوابه -رحمه الله تعالى- وقع في الورقة الثانية من قسمة البرزلي. وقاعدة « المعدوم شرعا كالمعدوم حسا » وقعت في جواب المثال العاشر من الباب العاشر من كتاب الأُمنية للشيخ شهاب الدين -رحمه الله تعالى- وهي في القاعدة الأولى من القواعد الأصولية من ترتيب القواعد والفروق، وفي الورقة التاسعة عشرة من الجزء الثاني وفي الورقة الحادية والثمانين من الخامس وفي الثامنة والتسعين مرت. ومذهب ابن القاسم والمشهور في العقد المحتمل للصحة والفساد .

أما المشهور فصرّح به الشيخ ابن عرفة في سادسة قراضه. وأما كونه مذهب ابن القاسم فصرّح به الشيخ الوانوغي في ثانية بيع الغرر من حواشيه. واعرف الورقة الحادية والعشرين من الجزء الرابع، والورقة العاشرة من هذا الجزء السابع والورقة السادسة والستين منه.

قولي: ومنها أن القاضي لا يقسم بين الورثة ميراثا طلبوه الخ هذا منقول من عاشرة قَسَم كبير الشيخ ابن ناجي [70 أ] عن ابن يونس مقتصرًا عليه مسلّما لهَ مفسّرًا به قول المدونة: وإذا قسم القاضي بين

الورثة لم يأخذْ منهم كفيلاً إلى آخره قائلا: وكذلكَ لا يقضى بين شريكين في دار بقسمها بتقارُرِهما حتى يقيما البينة أنها بينهما.

قولي: ولا بد من ثبوت قرب غيبته أو بُعْدها صرّح به في الطرر هو في الورقة الثالثة والخمسين منها في ترجمة بيع السلطان على غائبٍ عقارَه في دين. قلتُ: ووجهه -والله تعالى أعلم- أن ذلك لأجل اختلاف أحكامهما لأن القريبة يُعذر إليه فيها إما قَدِم وإما وكّلَ، بخلاف البعيدة. ودلّ على هذا التوجيه ما يأتي في الوجه الرابع من فتوى القاضي أبي الوليد -رحمه الله تعالى- فاعرفه. وزاد الشيخ البرزلي في خامسة قسمته عن أحكام ابن الحاج عمّا وقع به الحكم ووافق عليه أهل الشورى. ابن عتاب وغيره: حيازة الأملاك المقسومة وثبوت أنها تحتمل القسمة. وإلى هذا النقل أشَرْتُ في الوجه الثاني من أوجه خلل القسم الثاني بقولي: وحتى تثبت عنده حيازة الأملاك المقسومة الخ، فهو إشارة إلى كلام الشيخ البرزلي المذكور. قولي: وفعله يتنزل منزلة الحكم الخ، هذا جواب عن سؤال مقدّر وهو أن يُقال: إنّ هذه الأمور التي ذكرتَ شَرْطيّتَها في الحكم نسلّم ما ذكرتَ فيها من الشرطيّة لكن الصادر من القاضي في القسم الثاني المذكور ليس بحكم وإنما هو إمضاء وتقرير للقسم فلا تَرِد الشروط المشترطة في الحكم.

فأجبت عن هذا السؤال بقولي: وفعله الخ، وذلك لأن المعلوم مِن مذهب ابن القاسم في المدونة واختاره ابن محرز أنّ تقرير القاضي وإمضاءه للواقعة إذا رُفعتْ إليه حكم منه بمقتضى ما وقع فيها. هكذا في أول الفصل الأول من الركن السادس من التبصرة في الورقة الخامسة والثلاثين منها، ومثله في القاعدة الرابعة من قواعد الاجتهاد من ترتيب القواعد والفروق، وعليه درج في المختصر والشامل ولا سيما مع التقديم المذكور. فقد وقع في الورقة الثانية والثلاثين من حبس البرزلي ما نصّه:

وفي الوثائق المجموعة إذا قدّم القاضي أحدًا على الحبس فلا يعزله مَن جاء بعده إلاّ بموجب لأنه كحكمه في القضايا، فاعرفه فيه.

وقولي في الوجه الرابع من أوجه خلل القسم الثاني: والأمن والسلوك هذا شرط في وجوب الإعذار إلى الغائب القريب، لقول المختصر في الأقضية واليومان مع الخوف يقضى عليه فيها في غير استحقاق العقار. ووقع لفظ مأمونة ومسلوكة في خامسة قسمة البرزلي عن نقل ابن الحاج وفي أول ترجمة بيع السلطان على غائب عقاره في دين في الورقة الثالثة والخمسين مِن الطُّرر في فتوى القاضي ابن رشد. وذكر أن سائله تلميذه القاضي أبو الفضل عياض -رحمه الله تعالى- وذكر تاريخ سؤاله هنالك. ونقل فتواه أيضا في الورقة الثانية والثلاثين من أقضية الشيخ البرزلي. واعرف ما في الورقة الثانية [70 ب] ومائة من تذكير الغافل للشيخ الجد. واعرف أنواع الغائب قريبٍ وبعيدٍ ومنقطعٍ في الورقة الرابعة والثلاثين من التبصرة.

وفتوى الشيخ ابن عتاب وكلام المتيطي فيها كله نقله الشيخ ابن عرفة في الورقة الثامنة من قسمته. ونقله أيضا الشيخ ابن ناجي في الورقة الثانية عشرة من قسم كبيره، وهو في قسمة الفائق لابن رشد وأصل ابن القاسم في التزام خلاص السلعة في الدرك هو في أواسط حمالتها ونصه: قال ابن القاسم: ولو شرط المبتاع على البائع خلاص السلعة في الدرك فأخذ منه بذلك كفيلا بطَل البيع والكفالة، كمن باع ما ليس له وشرط خلاصه. ابن ناجي في عاشرة حمالة كبيره: قال القاضي عياض رحمه الله تعالى-: حمل بعضهم أن الكلام الأول لم تكن الكفالة فيه مشترطة في العقد فسقطت وصحّ العقد في هذه الكفالة مشتركة في العقد ففسد الجميع. وقيل: إنما تعرض أوّلاً للزوم الكفالة أو سقوطها وتكلم ثانيا على جواز البيع أو فساده. اعرفه فيه.

وقولي: عملاً بما وقع في كتاب الاستغناء إلى آخره، نقلَه في الطرر في ترجمة وثيقةٍ بموتٍ ووراثةٍ ومعرفة أملاك الميت في الورقة المائة منها. ونقلته في الورقة السادسة والسبعين من الجزء الخامس مرّ. لكن زاد في النقل المذكور أنه لم يزل يخاصم في الجمعة والأيام والشهور والأعوام، ليس أن يخاصم يوما أو يومين ويترك. واكتفيتُ أنا عن التصريح بهذه العبارة في جوابي المذكور اجتزاء عنها بما في السؤال وبقولي: لم يزل يطالب ويخاصم. فقولي: لم يزل معناه على مرّ الأيام وسالف الأعوام. هكذا صرح به ابن رشد في قول وثيقة السماع: لم يزالوا يسمعون أنه يُغْنِي عن ذكر طول المدة.

اعرفه في وثيقة في الشهادة في الحبس على السماع من الطرر في الورقة السادسة والثمانين منها عن ابن رشد في مختصر الحديرية. ونقله الشيخ البرزلي في الورقة الثالثة والثلاثين من حُبُسه وكرّره في الورقة السادسة عشرة منه عن جواب ابن رشد لسائله القاضي ابن منظور قاضي إشبيلية. ونصه إذا كان في شهادة السماع أنهم لم يزالوا يسمعون على الإطلاق في غير تقييد فهي محمولة على أنهم يسمعون ذلك على مرّ الأيام وسالف الأعوام على ما يقتضيه الإطلاق وذلك أكثر من المدة التي حدَّها أهل العلم في إجازة شهادة السماع، بخلاف ما لو عُري العقد عن لفظة «لم يزالوا» وقُيدتْ فيه الشهادة بمدة غير محصورة. قال: انظره في مسائل ابن رشد. اعرفه فيه واعرفه في حاشية على الورقة الثامنة والسبعين ومائة من الجزء الرابع. وقول الشيخ المغربي ذكره في آخر وصايا كبيره الثاني فمدلُولُها وكذلك ابن العم الوارث إذا كان ذا حاجة إليه ويخاف إن منعه وصحّ أضرّ به في منع رفده. ونقله الشيخ القلشاني في خامسة وصايا شرحه للرسالة مسلّمًا له بسكوته عنه. وفي آخر ورقة من ترجمة الغصب والاستحقاق من الحاوي.

تذييل على جوابٍ لابن رشد أن الأخت لا يضرّها سكوتها [71 أ] عما حاز أخوها مِن ربْع أبيها خمسًا وعشرين سنة. ونص التذييل لمّا تقرر في العبارة أنها لا تطلب أخاها وأنها غير تاركة لحقها. فهذا لا يُبطِل حقَها طولُ المدة التي تكون فيها حيازة الأقارب. وقولي: ولاسيما على ما أفتى به القاضي ابن الحاج هي مذكورة في الورقة الحادية والثلاثين من ترجمة الغصب والاستحقاق من البرزلي وهي فتوى جديدة اعرف ذلك فيها.

الحمد لله، سألني القاضي حسن بن رسوم بتونس في أوائل رجب الفرد عام واحد وألف [1001 هـ / أوائل أفريل 1593 م] بما نصه: جوابكم عن مسألة رجل[1] له إصطبل قرب داره وحِيطانه وزواياه الأربع ملك له عدا نحْو ذراعٍ ونصف الذراع وهو من قديم مُعدّ لخيْله وربطه وربط مواشيه. ثم استَحق له فأراد أن يجعل فيه رَحَى صُغْرى ترحي الطعام، فقام جاره الذي له الذراع ونصف في الحائط المذكور وأراد منْعه مِن ذلك وزعم أن الرحى تضرّ به وبجداره، فرافعه المَقُوم عليه بأن قال: نبني حائطًا يحول بين رحاي وجدارك الذي هو نحو الذراع ونصف، كما ذكر وزعم أن الضرر يرتفع عن القائم وعن جداره ببناء الحائط الحائل. وسُئل عن ذلك أهل الخبرة والمعرفة بذلك فقالوا: إن بناء الحائط المذكور على الصفة المذكورة يرفع الضرر عن جدار

1) على الهامش الأيسر من الورقة تعليق يظهر أنه منقول عن المؤلف نصه: هذه المسألة مسألة إبراهيم ابن الشيخ الزرقاء بالقيروان، وكاتب السؤال له المرابط عبد اللطيف الغرياني. وهذه النقول المذكورة في السؤال أوردها في طبق النازلة لسوء فهمه حسبما أبديتُه في الجواب والتذييل. أخبرني بذلك حسن اللبني في أوائل رمضان عام 1003 [هـ / أواسط ماي 1595 م]. قال: ولما جاء جوابك للقيروان قال المرابط عبد اللطيف المذكور لابراهيم الزرقاء: ذبحَكَ بلقاسم الفاعل التارك. ورسوله بالسؤال أحمد بن علي المدعو الشريف السوسي.

القائم الجار. وقد حوى كريم عِلْمِكم ما قرّره الشيخ اللخمي مِن أنّ البناء يحول بين المضرّة وبين حائط الدار. وقد ذكر عند ذلك صورة تعمل في اختبار الضَّرر بماذا يعلم وعلى أي حال يكون، وأطال الكلام في ذلك. وما ذكره الشيخ ابن هشام في تقييده من أنه لا يُمنَع أحدٌ أن يتّخذ رحًى في داره. وما قاله الشيخ الزواوي ما معناه: إنَّ مَن أراد أن يجعل بداره رحًى ويضرّ بجدارات جاره فله منْعُه من ذلك إلاّ أن يبني له حائطا يَحُول بين حائطه وبين الرحى المحَدَثَة. فلم يسلمه له جاره القائم المذكور ما احتج به وزعم أن ذلك وإن كان لا يضرّ بجداراته فتلحقه المضرّة من صوت الرحى المذكورة. وقد حوى كريم علمكم أيضا ما قاله الشيخ الفاكهاني حين تكلم على بعض فروع الضرر قال: والوجه في ذلك الرجوع إلى الغالب، فإن كان يضرّ بجداره مُنع وإلا فلا يُمنع. وذلك يختلف باختلاف المواضع والأفنية، انتهى.

واحتج صاحب الرحى المذكورة أيضا بعدم تأثير الصوت. وهو كذلك لما حوى من كريم علمكم من أن المشهور من مذهب مالك وهو الذي درج عليه خليل في مختصره من أن الصوت ليس بضرر. وكذلك ما نقله الشيخ الإمام في مختصره عن ابن عبد الغفور وهو قوله: قال ابن عبد الغفور: وعلى هذا يكون لرب الدار أن يصنع بها ما شاء من الصنائع ما لم يضر بحيطان جاره، فلا يُمنع من وَقْع ضربٍ أو دوي رحى أو كمد أو صوت، انتهى. وعلى هذا فهل لرب الإصطبل المذكور أن يصنع بداره مدْوَر رحاته الصغرى المذكورة ولا يلتفت إلى قول الجار القائم؟ أو ليس له ذلك؟ بينوا لنا ذلك بيانًا شافيًا تؤجرون، والسلام.

فأجبت عنه بما نصّه: وعليكم السلام ورحمة الله [71 ب] تعالى وبركاته. الحمد لله، ما جلَبَه السائل عن اللخمي إنما وقع له في حائط على حفرة أضرّتْ بجمع الأزبال والعَذرة، وما حكاه عن ابن هشام إن

ثبتَ فيُحمَل على عدم تضرّر الجار منه، جمْعًا بينه وبين الاتفاق الذي أصَّلَه أشياخ المذهب، وما نقَله عن الزواوي لم أجدْه في مظَانِّهَ بحال، وإنما لأبي حفص بمذيّل جوابٍ له في حوْز ضررٍ على وجه الإكراه حيث سئل في ضَرَر جدران الجار بعمل الخلّ. فقال: تبني دون حيطانهم حائطا يمنع وصول الخل إلى جدرانهم. وأفتى أبو بكر بن عبد الرحمان بمنعه مِن عمل الخلّ ولم يتعرض لعمل الحائط. وكلام الفاكهاني في فرع من فروع الضرر لا يتعيّن منه فرع الرَّحَى في النازلة، لأن الضرر منه ما يُمنَع باتفاق ومنه ما يُمنَع على اختلاف. والنقل عن الشيخ ابن عرفة فيه بَتْر ولعله من النسخة التي اعتمدها السائل.

هذا، وإذا شهِد عُرَفاء البناء أرباب البصر بأن بناء حائط يفصل بين الرّحَى وبين جدار الجار يكون مانعًا لضرر الرحى عن أن يَصِل منه شيء إلى الجدار كما ذكره السائل مُكِّنَ ربّ الرحى مما التزمه من بنائه ويُتْقِنُه في كَمّه وكَيْفه على حسب ما يقوله العرفاء، حتى يحجب الضرر عن جدار الجار المذكور. إذ لا حجة لرب الجدار في المنع حينئذ عملاً بما نقله السائل من فتوى الشيخ الزواوي إن صحّ النقل عنه وبمعونة صِغَرِ الرحى وقلّة مساحة الجدار حسبما ذُكر في السؤال. والله تعالى أعلم، وبه التوفيق.

تذييل، ما نقله السائل عن اللخمي ليس فيه نصّ على عمل حائط في ضرر الرَّحى على البناء غير أنّ السائل أَوْهَم الناظر في سؤاله أنّ كلام اللخمي يرشد إلى ذلك، وليس الأمر كذلك لأن ضرر الرحى له حكم يخصّه لأن ضرره لاحق للبناء في الورقة الثانية عشرة من ضرر البرزلي إثر نقله أقسام الضرر عن ابن عتاب. ما نصه: ومما سُئل عنه اللخمي وهو حفرة جُعلَتْ لجمع الأزبال والعذرة وتضرُّر الجيرانِ والمارّين إلى المسجد. وفي السؤال طول اختُصِر.

فأجاب: حال هذه الحفرة فيه مضرّة عظيمة وعلى من بسط الله تعالى يده زوالها وأخذ مالكها ببناء حائط عليها يمنعها من إلقاء ذلك فيها. وكذا ما ذكره من فتح المرحاض يمنع إحداثه وعلى من أحدثه سدّه، انتهى. وذيّل عليه الشيخ البرزلي مسألة حفرة درب النشَّار المجتمع فيها ماء المراجيع والاتفال فأضرّتْ بالمارّين وبربْع الجيران، فاحتسب فيها محتسب لقاضي الجماعة فرُدِمتْ وزال ضررها، انتهى.

قلت: فأين في كلام اللخمي أو في ما ذيله عليه البرزلي مسألة الرحى وضرب حائط بينها وبين الجار يمنع ضررها عنه، فقول السائل إن البناء يحول بين المضرة وبين حائط الدار كذبٌ وتَقَوُّلٌ على حَمَلة الشريعة واستهواءٌ إلى مطلوبه وهواه، فإنما في كلامه بناء حائط على الحفرة يمنع من إلقاء العذرة فيها. وفي تذييل البرزلي عليه نص على ردْم الحفرة الضّارّة بربع الجيران، لأن ضرر البناء معتبر اتفاقًا حسبما يأتيَ. فانظر رقّة ديانة هذا السائل حيث حَرّفَ تذييل البرزلي، ومنه يؤخذ حكم نازلته لأن فيه ضرر البناء. وما نقله عن ابن هشام ما وقفتُ [72 أ] عليه بوجهٍ. ومعناه إن ثبت النقل عنه مع عدم ضرر يلحق بناء الجيران من الرحى لِتَلاَؤم كلام ابن رشد وابن عتاب من أن ضرر الرحى بالبنيان مما يُقْطَع باتفاق، فكيف يقول ابن هشام: لا يُمنَع مِن عمل رحًى في داره إلاّ على معنى أنها لا تضرّ الجار بزعزعة بنائه يكون كلامه موافقا للاتفاق. وما نقله عن الشيخ الزواوي لا أصل له. ونصّه من الورقة الثانية عشرة من ضرر البرزلي.

سُئل أبو محمد عبد الله الزواوي عن قوم كانت لهم دور للدَّبْغ بداخل القيروان قديمة على مرّ الأزمان فأخرجهم بعض العمّال مِن دُورهم لدُورٍ بناها خارج السور مُعدّة للدبغ. ثم بقي نحو ثلاثين عامًا ورجع بعضهم إلى موضعه فأراد أن يردّه للدّبْغ كما كان فمنعه بعض الجيران واحتجّ

ببقائه خارجًا نحو ثلاثين عاما. فأجاب بأنهم مغصوبون على الخروج مِن دُورهم وأراد رَدّ دارِه على ما كانت عليه قديما فهل له ذلك أم لا؟ فأجاب: إن ثبت ما قالوه فليس لأحد منعهم.

أبو حفص: سئلتُ عمن عمل الخلّ في داره فقال الجيران: تؤذينا رائحته وتؤذي الحيطان، فقلتُ: إذا قال أهل الطبّ إن الرائحة تؤذي، وقال أهل البناء إن ذلك يؤذي الجدران مُنع ذلك إلاّ أن يبني دون حيطانهم حائطا يمنع الوصول إلى حائطهم ولا يكون يؤذيهم فلا يُمنع. وذُكر أن أبا بكر بن عبد الرحمان أفتى أيضا بالمنع من أجلهم ومن أجل الحيطان، انتهى. وذيّل عليه البرزلي: نقل ابن سهل عن ابن عتاب تقسيم الضرر إلى ما يُزال باتفاق وعكسه وما يختلف فيه، وسيأتي ذلك. والبَتْر الذي نسبْتُه في جوابي إلى نقل السائل عن الشيخ ابن عرفة يتبين بنقله من أصوله وأمهاته.

قال في خاتمة وثيقة بمعرفة الضرر من الطرر في الورقة الرابعة ومائة منها ما نصّه: في كتاب كراء الدور من المدونة للرجل أن يضَع في الدار المكتراة ما شاء من الأمتعة والدواب والحيوان والحدّادين والقصَّارين ما لم يكن ضررًا بالدار. قال ابن عبد الغفور: وعلى هذا يكون لصاحب الدار أن ينصب في داره ما شاء من الصناعات ما لم يضرّ بحيطان جيرانه ولا يمنع من وقْع ضربٍ أو دوي رحًى أو كَمْد لصوته وكذا ما أشبهها. وقال المشاور مثله كله. وفي المجالس قضى شيوخ الفتيا بطليطلة بمنع الكَمَّادين إذا استضرَّتْ بهم الجيران، والأول أولى، انتهى. الشيخ ابن عرفة إثر نقله لهذا كله عن ابن عات في رابعة موارته ما نصّه: ما حكاه من لفظ المدونة أخْذُه منه حَسَنٌ وترك من لفظها عطفه على القَصَّارين والأرحية. وذكر مثله مكتري الحانوت. انتهى من ابن عرفة.

قلتُ: فكلامه كما تراه في الرحى معناه في دويّها كما هو مصرّح به فيه. وعطفه عليه أو كمْد لصَوْته يعين ذلك فاعرفه. والسائل برقّة ديانته جعل في نقله الكمد والصوت متعاطفيْن ليُوهم أن الصوت قَسيمٌ لما قبله وهو الكمد فيكون ما قبله يُحمل على ضرر غير الصوت وهو [72 ب] ضرر البناء وليس كذلك. فإن عبارة الشيخ ابن عبد الغفور أو كمد لصوته فمفهومه أن الكمد إذا أضرّ لا لصوته بل لضرر البناء أنه يمنع. لكن السائل عجرفَ العبارة لئلا يؤذن هذا المفهوم بغير هواه، لأن هواه إهمال ضرر البناء ليدخل فيه ضرر الرَّحى الضارّة بالبناء فاعرف ذلك. على أنّ مساق حكاية الشيخ ابن عرفة لذلك يبين أن الكلام في ضرر صوت الحَرَكة لا ضرر البناء، فاعرفه. ويدل عليه قول الشامل: ولا صوتٌ ككيرٍ بخلاف رحًى يضرّ. وسيأتي استيفاؤه. ونقل في الفصل الثالث عشر من قسم السياسة في الورقة الخامسة والخمسين ومائتين من التبصرة كلام المدونة. وأخْذُ ابن عبد الغفور منها غير مَعْزُوٍ للمدونة ولا للطرر فاعرفه. ووقع في ترجمة وثيقةٍ بابتياع حصة من أنْدُرٍ من الطرر في الورقة الحادية والخمسين منها ما نصه: قال ابن رشد: ما يحدثه الرجل في ملكه مما يضرّ بغيره ثلاثة أقسام، منه ما يمنع باتفاق، ومنه ما لا يمنع باتفاق، ومنه مختلَف فيه. الأول ما يمنع باتفاق وهو أن يُحْدَث الأنْدُرَ جوار الدار والجنان فيضرّ ما يقع من التّبن عند الذّرّ، ومنه ضرر دخان حمام أو فرن، ومنه ضرر الروائح القبيحة كالدّبّاغ، ومنه ما يضرّ بالجدران كالكنيف إلى جانب حائطه أو أرْحِيَة تضرّ بجدرانه وما أشبه ذلك، ومنه ضرر الاطلاع كالكوة أو الباب أو قصبة يُشْرَف منها على عياله. وفي هذا الأخير قول شاذ وهو أن يقال للمحُدَث عليه: استرْ على نفسك إن شئت.

والثاني كإحداث فُرْن قُرْب فرْنٍ أو حمّام قرب حمّام وهو ضرر قلّة عمارته وانتقاص غلّتِه، وكمانع الضوء أو الشمس أو الريح من دار

الجار، ومنه ضرر الأصوات كالحَدَّاد والكمّاد والنَّداف. وفي مانع الضوء وما بعده خلاف شاذّ بالمنع وساقه.

والثالث كإحداث بناء قرب أندر جاره يمنع الريح عند الذّرّ. وقال ابن القاسم: يمنع، قال ابن رشد: والأظهر أن لا يُمنع. اعرف بقية كلامه هنالك. ووقع في الورقة الثانية عشرة من ضرر البرزلي عن ابن سهل عن ابن عتاب: الضرر على ثلاثة أقسام منه ما يُزال باتفاق كالاطلاع على الجار وما يؤذيه في جدرانه والدخان والإنتان والقذارات وكل ريح مؤذٍ. ومنه ما لا يجب قطعه باتفاق كضرر ارتفاع البنيان ومنع الشمس وهبوب الرياح، وعن بعض أصحاب الإمام: إذا قصد به الضرر منع. ومنه مختلف فيه وهو كل ضرر لا يؤثر في جدار ولا نتن ولا اطلاع ولا في نتن كضرر الصوت كالنّداف والكمّاد وشبهه. وتقدم أن ضرر القيمة أسقطه ابن عتاب واعتبره ابن فرج وغيره. وضرر قلة المعاشر غير معتبر باتفاق، انتهى.

قلت: وإلى الأنواع الثلاثة أشار في الشامل بقوله: ومنع من إحداث دخان فرْنٍ وحمام ونحوهما، ورائحة مذبح ومسمط ومدبغ ونحوه، ومضرّ بجدار ومن إحداث حانوت وإسطبل تجاه باب غيره. ثم قال: لا من إحداث مانع ضوء شمس على الأصح. وثالثها إن قصد ضررًا وكذا مانع ريح [73 أ] لأندُرَ على الأصح فيهما ولا صوتٌ ككيرٍ بخلاف رحًى يضرّ، انتهى. الشيخ ابن ناجي في الورقة السابعة والعشرين من قسم كبيره في قولها: وما أحدثه الرجل في عَرْصته إلى آخره، بعد أن تكلم على ضرر البناء أخذ يتكلّم على ضرر صوت الحركة قال: هو لغو لقولها في كتاب الدور وساقَه، ومَرّ في نقل وثيقة بمعرفة الضرر من الطرر. ثم قال: ويتحصّل في ضرر الأصوات أربعة أقوال أحدها أنه لغو وبه العمل عندنا وهو قول ابن دحُّون ورواه مطرّف وأخذه ابن

عبد الغفور من قول أكريتها كما قلناه. وقيل: يمنع مطلقا قاله ابن عتاب وبه أفتى شيوخ طليطلة وأخذه بعضهم من عموم قولها هنا فكل ما أضرّ بجاره منع. وقيل: إن عمل بالنهار فَلَغْوٌ وإن عُمل بالليل فيُمنع. وقيل: يجوز إن خفّ ولم يكن كبيرَ مضرةٍ، قاله الباجي، ولا خلاف أنه إن أضرّ بالبناء يُمنع، إلى آخر كلامه فيه.

قلت: فتبيّن من هذه النقول من أمهاتها ما نسبتُه للسائل مِن بتر النقل عن ابن عرفة وما يمنع من الضرر اتفاقًا وما لا يمنع، فاعرفه. وما أصّله السائل من أن ضرب الجدار يحول بين ضرر الرَّحى وبين جدار الجار وأضافه لنقل اللخمي مَرَّ ردُّه. وتقوّله على اللخمي وإضافته إلى قول الزواوي هو في عهدته. والذي رأيته في كتاب جامع البرزلي في ضرب الجدار لضرر الندوة حسبما مرّ نقلي لذلك من كلام الشيخ أبي حفص ووقع إهمال الحائط الحائل دون الندوة في الورقة الرابعة والثلاثين من ضرر البرزلي عن فتوى السيوري. ونصه: سئل السيوري عن جدار لرجل أراد جاره أن يُحدث تحته مرحاضًا في داره على أنْ يحول بينه وبين الجدار بحائط لئلا تصل نداوته إليه فمنعه صاحب الجدار وقال: لم يكن حائل يمنع جداري من الضرر ولو منع في بعض الأوقات فلا يؤمن لحاق الضرر، فهل يمنع أم لا؟ وكذا أراد أن يربط دابة تحت هذا الجدار وتبيت فيه. فأجاب: ما عمله في ملكه ممّا يضرّ بجاره منع منه، وكذا إذا كان يتوقع ضرره في المستقبل، انتهى. قلت: فانظر كيف عرض عليه السائل ضرب حائط يحول دون ضرر الندوة فلم يلتفت إليه في إباحة الإحداث.

وما ذكره السائل من المشهور في لغو ضرر الصوت تقوُّلٌ لم أَرَ مَنْ شَهَره. وهذا الحافظ الشيخ ابن عرفة لم يذكر فيه مشهورًا مع استقصائه نقل الخلاف فيه في رابعة مواته، وكذا الشيخ ابن ناجي لم يذكر تشهيرًا

مع أنه سرد أقواله الأربعة مع احتفاله بما فيها من ترجيح بفتوى وعمل. فلو كان فيها مشهور لذكره. فإن تعسُّفَ السائل مُوهِمًا التشهير بدرج المختصر عليه، فقد ضلّ لأنه التزم ما به الفتوى لا المشهور، على أن ما به الفتوى عنده عارضه فتوى شيوخ طليطلة بإعماله وفتوى الشيخ السيوري حيث سُئل عمَّن يدقُّ النَّوى في بيته لبقرِهِ ويبيتهم في الشتاء في بيته فأراد الجار منعه من ذلك.

فأجاب: [73 ب] يُمْنَع من دقّ النوى لأنّه يضرّ بالبناء وسماع حس الضرب يضرّ بالساكن إلاّ في بعض الأوقات. وإذا تكرر الأمر مُنع منه. وأما تبييت البقر في بيت المالك فلا مقال له فيه وليس عليه في ذلك ضرر.

البرزلي في الورقة الرابعة عشرة من ضرره ظاهره ولو كان يقع منه النَّداء أو يحتمل أن لا يكون فيه إلاّ حركة البقر خاصة، وأما لو كان معه نداء أو ضرر للحائط لوجب مَنْعُه كما تُمْنَع الأروية المعدة للبهائم. والجواز هنا لكونها معدّة لسكنى المالكين. وقوله: وسماع حسّ الضرب الخ، معناه الضرب على الأرض وأمّا لو كان على الأيدي فإنه لا يضرّ لكن الكمّاد يضرب على ما اتصل بالأرض، فعلى مذهبه أن ضرر الأصوات المتكرر يجب قطعه، انتهى من البرزلي. فهذا كما تراه تعارُضٌ في الفتوى فلأجله ولأجل قول ابن ناجي وبِلَغْوِه العمل عندنا. فأفاد القول بلغوه تريجيحًا أعرضتُ في جوابي عن مجاراة بحث ضرر الصوت فلم نُعْطِ فيه حكمًا احتزاءً بضرر البناء.

تنبيه، الذي رأيته لغير واحد من شيوخ المذهب يعبرون بضرر الصوت فيدخل فيه حتى صوت القاري بإزاء المصلي، وصوت القائم في الصومعة في الليل للتذكير والمواعظ بازاء بيت الجار النائم. وحرّر

الشيخ ابن عرفة -رحمه الله تعالى- العبارة بقوله: صوت الحركة، وسلط الخلاف بالأربعة الأقوال عليها فيخرج صوت المتكلم فاعرف ذلك. إذا تقرَّر ما أصّلتُه في أقسام الضرر وأن ضرر الرّحَى الضارة بالبناء يُمْنَع اتفاقا وأن النقول التي اعتمدها السائل في سؤاله ترقّيًا لهواه في إباحة عمل الرَّحَى غير محصّلة لهواه في ذلك. وأن ضرر صوت الحركة تعارضَتْ فيه المرجّحات وكونه لغوًا به الفتوى في المختصر ومعتبرا، به أفتى شيوخ طليطلة. ثالثها أن تكرّره منع، به أفتى الشيخ السيوري.

بقي أن نقول: إن قلْتَ ما سَنَدُك في إباحة إحداث الرّحى في النازلة؟ إذا شهد العرفاء بأنّ بناء ربّ الرحى حائطًا حائلاً بينها وبين جدار الجار يمنع وصول ضررها إلى جداره. مع أن قوة كلام الشيوخ حيث قالوا: ضرر الرحى مما يُمْنَع باتفاق ولم يفصّلوا بين عمل حائط حائل أو بدونه. فظاهر كلامهم عموم المنع لا تخصيصه. قلت: اعتمدتُ في ذلك ما نَقَله السائل عن الشيخ الزواوي حسبما صرّحْتُ به في جوابي المذكور، وشَرطْتُ في العمل به أن يكون النقل المذكور عنه صحيحا خروجا مني عن عُهْدَتِه، لكن كيف يثبت أن عمل الحائط يحْجب ضرر الرّحى عن جدار الجار؟ إنما يثبت ذلك بشهادة عرفاء البناء وأهل البصارة بما يكون عنه الضرر وما لا يكون عنه. وزدتُ معونتيْن للنقل المذكور وهما صِغَر الرحى وقلة مساحة الجدار حسبما ذكرهما السائل في السؤال.

وفائدة هذه الزيادة الاحتراز عن أنْ يتمادى المحْدِث فينقض الرحى بعد مضي زمان ويُحدِث مكانها أخرى عظيمة. وعن أن تكون مساحة الجدار الذي للجار أكثر من ذراع ونصف الذي قيد به السائل فمهما كان ذلك فلا يعمل بما [74 أ] ذكرتُه فيه لأن جوابي الذي ذكرتُه متنزّل عن هذه القيود. وشرطْتُ اتقانَ الحائط الحاجز في كمّهِ وكيفِهِ على حسب ما يقوله عرفاء البناء مبالغة في رعاية رفع الضرر عن الجار المتضرر.

تنبيه، قول القاضي أبي الوليد بن رشد -رحمه الله تعالى- في ما مرَّ: أو أرْحِيَّةُ تضرّ بجدرانه، جملة تضرّ بجدرانه جملة خبرية وقعتْ بعد نكرة محْضة وهي أرْحِية فهي صفة لها، وكذلك قول الشامل بخلاف رحى يضر، فيضرّ جملة خبرية صفةٌ لرحى، والقاعدة أن « مفهوم الصفة معتبر » فمفهوم هذه الصفة أنّ الرّحى التي لا تضرّ لا تُمنَع. فدل هذا اللفظ بمنطوقِه ومفهومِه على أن الرّحى منها ما يضرّ بالجدران فيمنع إحداثها ومنها ما لا يضر بالجدران فلا يمنع إحداثها مع نص الزواوي أن عمل الحائط حائلا بين الرحى وجدار يُبيحُ إحداث الرحى.

والقاعدة أن « كلام العلماء من باب الكليات » والحادثة المعيّنة جزئية، فكون هذا الحائط الذي يُعمل يَكُون حاجبًا لضرر هذه الرحى المعينة للإحداث مما يفتقر إلى البينة التي تعيّن الحائط الذي يراد إعماله كمًّا وكيفًا وتَصِفُ الرحى بحيث يكون ضررها مما يُحجَب لا مما لا يُحجَب. وحينئذ يطبق كلام الشيخ الزواوي على هذا الحائط وعلى هذه الرحى، فيكون ذلك من جزئيات الكلية التي تكلّم عليها، فلذا وقعتْ الإباحة على شهادة العرفاء بما ذُكِر. وعدلتُ عن التمسّك في جوابي بالمفهوم من كلام ابن رشد على إطلاقه تَورُّعًا عن الاعتماد على المفهوم -لما فيه من الخلاف- إلى التمسك بالمنطوق الواقع في كلام الشيخ الزواوي إن صحّ النقل عنه فإنّى ما وقفتُ عليه. والله تعالى أعلم. واعرف الورقة السادسة من الرابع.

الحمد لله، سألني القاري علي ابن الأمين بلحسن الجلُّولي الصفاقسي من صفاقس في أواخر رجب الفرد عام واحد وألف [1001 هـ / أوائل ماي 1593 م] عن نسخة رسوم ثلاثة.

الأول: اعترف محمد بن خلف الله بن محمد عرف شقشوقًا القرقني أنّ الرقعة الكائنة بالعقد مِن صُغرى جزيرة قرقنة يحدّها كذا

وكذا، وجميع الشّراك الكائن بقرب من العيون يحدّه كذا وكذا، وجميع الشّراك المعروف بوادي الغربي يحده كذا وكذا، وجميع الفدّان الكائن بالوادي المذكور يحدّه كذا وكذا، وجميع الشراك يحدّه واد الغربي، وجميع الشراك الكائن بالوادي المذكور يحدّه كذا وكذا، وجميع الشراك المُكَنَّى بالهنشير بالموضع الكائن بالعيون أيضا يحّده كذا وكذا، وكلهم بالجزيرة المذكورة. وأن جميع ذلك ليس له ولا لابن عمه فيه شرك ولا ملك بوجه، وإنما هو ملك للشيخ الأمين المرحوم أبي عبد الله محمد ابن الحاج عبد الله بن جلول ولورثته من بعده، وأن جميع الربع الذي هو بالجزيرة الكبرى المشجّر وغير المشجّر ليس لي ولا لابن عمي عدا ما هو بالعدالة وما هو بغير عدالة بيننا على حد السواء أنصاف النصف له والنصف لنا. اعترف بذلك لما يجب عليه من القول الحق والعمل به. وشهد على إشهاده بذلك وهو بحال الصحّة والطوع وجواز الأمر وعرفه في شهر ربيع الثاني من عام أثنين وستين [74 ب] وتسعمائة [962 هـ / مارس 1555 م] محمد بن محمد الفوراتي وعثمان بن عمر الكراي.

ويتّصل به الرسم الثاني نصه: الحمد لله، حضر لشهيديْه محمد بن محمد بن خلف الله شقشوق القرقني وأخوه للأب سعيد فشهدا واعترافا بأن الرباع المحدودة المذكورة أعلاه في الجزيرتيْن المذكورتيْن أعلاه بمثل ما اعترف به والدهما المذكور أعلاه نصًا سواء. وشهد عليهما بذلك في الحالة الجائزة وعرفهما في أواسط ذي القعدة الحرام من عام ثمانية وتسعين وتسعمائة [998 هـ / أواسط سبتمبر 1590 م] أحمد ابن محمد الفوراتي ومحمد بن محمد الشرفي. ويتّصل به الرسم الثالث نصّه: الحمد لله، في علم شهيديْه حين وقع الإشهاد المذكور أعلاه من الأخوين للأب محمد وسعيد ولدي محمد بن خلف الله شقشوق

القرقني واعترفا بالإشهاد المذكور أعلاه بمثل ما ذُكِر أعلاه، إنما اعترفَا به على معنى الصحة والطوع والجواز كما ذكر أعلاه بِطيبِ نفس ورِضًى منهما. فمَن علم ذلك حسب نصّه قيّد به شهادته لسائلها منه بتاريخ أواسط ذي الحجة متمم شهور عام ثمانية وتسعين وتسعمائة [998 هـ / أواسط أكتوبر 1590 م] محمد بن محمد الشرفي وأحمد بن محمد الفوراتي.

ونص السؤال بعد افتتاحه: جوابكم بعد تأمّلكم مِن رسم اعتراف محمد بن خلف الله ومِن رسم اعتراف ولديْه محمد وسعيد بعده ومن رسم صحّتهما وطوعهما وجواز أمرهما النسخ الثلاث، وأن الملك المذكور صار لعلي بن بلحسين الجلولي بالوراثة الصحيحة المنْجرّة من الشيخ محمد ابن الحاج عبد الله المعترف به المذكور. ولعلي بينة ثابتة أنه يأخذ من المعترفين الكراء عدا ثلاث سنين الأخيرة تعطّب عليه في ثلث الغلة عمر شقيق سعيد ومراوكة وأكلها لكونه بقرقنة وعلي بن جلول بصفاقس. وادعى سعيد أنه مغصوب في اعترافه المذكور فمنع ثلث الغلة ثلاث سنين كما منع شقيقه عمر وأن عمر أثبت الملك لأبيه محمد بن خلف الله ببينة. فهل الاعترافات عاملة عليهم وعلى بنات محمد بن خلف الله وهنّ عالمات قادرات أم لا؟ وهل تقبل دعوى سعيد أنه مغصوب في اعترافه تُسَمع مع الإشهاد الثالث أم لا؟ والسلام.

فأجبت عنه بما نصه: وعليكم السلام ورحمة الله تعالى وبركاته. الحمد لله، تأمّلتُ النسخ الثلاث المسطورة أعلاه وما اشتمل عليه السؤال تحتها. وإذا كان الأمر كما ذكر فالجواب عن الفصل الأول أنّ اعتراف محمد بن خلف الله عامل عليه وعلى أولاده. وقول القاضي ابن الحاج مَنْ أقرَّ في مال بيده أنه لفلان فهو كالهبة، إن قام فلان في صحته أخذه وإن قام في مرضه أو بعد موته فهو ميراث. ردّه الشيخ البرزلي لقوله

الأظهر أنه بمنزلة ما إذا قال: لفلان قِبَلِي كذا، وثبت إقراره ولم يذكر لها سببا، انتهى.

وقال الشيخ البرزلي في موضع آخر ما نصُّه: ووقعتْ وأفتى فيها شيخنا الإمام ابن عرفة بالعمل بها مطلقا، أي من غير تفسير سبب، وظاهرها أنّ التوجيه في الطلب الإجمالي صحيح خلاف ما حكاه اللخمي عن ابن عبد الحكم أن الطلب لا يُقبل إلاّ مفصلا، انتهى. ويشهد لهذا قول الشيخ الطرابلسي في حواشيه: يقوم من [75 ب] المدوّنة أنّ من اعترف لرجل بحق ولم يبين مِن أي وجْهٍ صار له أن اعترافه صحيح والحق له لازم، وفيها قولان والظاهر منهما الصحة وهو قول ابن القاسم في سماع أصبغ من كتاب المديان من العتبية، انتهى. وعلى هذا فلا اختيار لأولاد محمد بن خلف الله المعترف في إمضاء اعتراف أبيهم أو ردّه لوجهيْن الأول ما نقله الشيخ البرزلي -رحمه الله تعالى- ونصّه: أجمعوا على أنه لا ينفع الرجوع عمّا أقرَّ به مِن حقوق الآدميين من الأموال. والثاني قاعدة « من مات عن حقّ فلِوَرثَته » وهذا حق لم يمت عنه أبوهم بل أخرجه عن نفسه باعتراف المذكور، ولا يتوقف إعماله على موافقة أولاده عليه، لما مررناه. ثم إنْ صحِبَ الاعترافَ المذكور حوزٌ من المعترف له أو من ورثته قَوَّاه كما قَوَّاه اعتراف ولديْه محمد وسعيد وكما قوّاه بينة عمر الشاهدة بالملك لأبيه المعترف. وهذه التّقْويات لا يتوقف إعمال الاعتراف عليها في قطع حجة أولاد محمد بن خلف المعترف لما قررناه من كلام الأشياخ في إعماله.

والجواب عن الفصل الثاني أنّ دعوى سعيد الغصب غير مسموعة ولو ثبتَتْ بالبينة العادلة، ولو سقط اعترافه بالكلية بأي مسقط كان، وذلك لما قررناه من أن اعتراف أبيه كافٍ في سقوط حق أولاده في ما اعترف به، ومنهم سعيد ومُقتضٍ لبطلان إرثهم ذكورًا وإناثا، وأحرى

كون الغصب مجرد دعوى ثبت نقيضها بالبينة المنسوخة. فعلى الأولاد دفع غلة الثلاث سنين لربّها الجلولي إذ ليس لهم فيها استحقاق شرعي. والله يقول الحق وهو يهدي السبيل. وهو سبحانه وتعالى أعلم، وبه التوفيق.

تذييل، قول الشيخ البرزلي الأظهر أنه بمنزلة إلى آخره، وقع في أول إقراره. وقوله في موضع آخر هو في الورقة الثامنة عشرة من بيوعه. وقول الشيخ الطرابلسي في حواشيه وقع في كتاب الولاء والمواريث منها. وحاصل كلام الشيخ البرزلي والشيخ الطرابلسي وفتوى الشيخ ابن عرفة دخل كلام بعضهم في بعض أنّ توجيه الطلب الإجمالي صحيح خلاف ما حكاه اللخمي عن ابن عبد الحكم أن الطلب لا يُقْبَل إلاّ مفصَّلا.

ووقع في أول فصل الإقرار من العقد المنظم للشيخ ابن سلمون في الورقة التاسعة والثلاثين ومائة منه. ما نصّه: قال أبو عمر بن عبد البر في الكافي: وكلّ مَن أقرّ لوارث أو غير وارثٍ في صحّته بشيءٍ من المال أو الديون أو البراءات أو قبْض أثمان المبيعات فإقراره جائز عليه لا تلْحقُه فيه تهمة ولا يُظَنّ به تَوْليجٌ، والأجنبي والوارث في ذلك سواء وكذلك القريب والبعيد والعدو والصديق في الإقرار في الصحة سواء. ولا يحتاج في إقرار أشهد على نفسه فيه في الصحة ببيع شيء وقبض ثمنه إلى معاينة قبض ثمنه إلاّ أن يكون المقرّ له ممّن يُعرف بالقهر والإكراه والتعدّي ويأتي مدّعي ذلك بأمر يُعرف به صحة تهمته فتلزمه اليمين حينئذ أنه دفع الثمن الذي شهدت له به بينته، انتهى من ابن [75ب] سلمون. ومثله وقع في كتاب مفيد الحكام لابن هشام سواء. فإقرار محمد بن خلف الله بن محمد عُرِف شقشوقًا القرقني المذكور بالملك المذكور أنه للأمين محمد بن عبد الله بن جلول ولم يذكر سببه ولا من أي وجه إقرار صحيح.

قلت: ما ذكر عن ابن سلمون ومفيد ابن هشام في الإقرار هو بخلاف الإقرار بشيء بعينه مما يُعرَف ملكه للمقرّ. قال ابن رشد -رحمه الله تعالى- في آخر الوصايا الثاني ما نصّه: من سماع أشهب إقرار الرجل في صحته أو مرضه ما يُعرَف ملكُه له من شيء بعينه أنه لفلان وفلان وارث أو غير وارث يجري مجرى الهبة والصدقة ويُحمَل مَحْمَلها ويُحْكم له بحكمهما إن حازه المقرّ له في صحة المقرّ جاز له وإلاّ لم يجز هذا ممّا لا اختلاف فيه أجده إلاّ أن يكون إقراره بذلك على سبيل الاعتذار فلا يلزمه حسبما وقع القول فيه في رسم البزّ من سماع ابن القاسم من كتاب الصدقات، انتهى. فاعرف هذا وقد علّقتُه في حاشية في الورقة السابعة والأربعين من الطرر في ترجمة وثيقة بابتياع الأب لابنه الصغير. واعرف الورقة السادسة والتسعين من الخامس عن ابن الحاج مثل ما لابن رشد. واعرف كلام ابن عرفة في لفظة قِبَلي. واعرف ما مرّ في الورقة الحادية والثلاثين من هذا الجزء. واعرف ظاهر الجزء السادس. واعرف قول أقضية المختصر: فيدعي بمعلوم محقق. قال: وكذا شيء. واعرف الشرط الأول من الفصل الأول في شروط الدعوى الصحيحة في الورقة التاسعة والأربعين من التبصرة: أنّ الدعوى إنما يلزم المدعي بيان قدر ما يدّعيه وجِنْسه ومبْلغه إذا كان يعلم ذلك، وأما إذا لم يعلم فلا يلزمه. وجلب عليه كلام الإمام المازري في الدعوى بشيء إذا تيقن ذمة مطلوبه بشيء وجهل جنسه وقدره ومبلغه، وطلب منه الإقرار بما عنده من ذلك، أن الدعوى بذلك مسموعة. واعرف كلامه في فصل تصحيح الدعوى في الورقة الحادية والخمسين منها حيث شرط بيان هذه الأمور فتعيّن حمل هذا الكلام حيث يكون المدعي يعلم هذه الأمور لأن حمل كلامه على تفسير بعضه ببعض وإعمال جميع كلاميه أَوْلى من إهمال أحد الكلامين.

ونقل الشيخ البرزلي: أجمعوا الخ، وقع في أول إقراره أيضا. والمُرَاوَكة المذكورة في السؤال بين سعيد وعمر تقتضي مؤاخذة عمر بشهادة مُرَاوَكه ويكون كلام سعيد في حق نفسه إقرارًا وفي حق عمر مُرَاوَكة شهادة. وقد وقع في الورقة الثالثة والثمانين من أقضية البرزلي ما نصه: وفي ابن الحاج: مَن أقرّ في مال بيده أنه لرجل فهو كالهبة إن أقام في صحته أخذه، وفي مرَضِه أو بعد موته فهو ميراث. البرزلي: يحتمل أنه إنما ذكر ذلك إذا لم يذكر المعترف له وجهًا صار بِه المال إلى الرجل. ولو قال: من معاملة صحيحة أو مِن وجه كذا فيأتي ما يقتضي أنه يلزمه مطلقا، انتهى. وعلّق الشيخ بالنور الأربسي بخطه وهو أحد المفتين بتونس وقاضي طرابلس في الدولة العثمانية على قوله فيأتي ما يقتضي أنه يلزمه مطلقا ما نصه: [76 أ] بل هو النص الذي لا يوجد غيره.

قلت: الإطلاق راجع إلى قيام المعترف له في صحة المعترف أو في مرضه أو بعد موته. وفي وثائق ابن مغيث ما نصّه: في صحة هذا العقد قولان، فقيل جائز وإن لم يبيّن ما وقعت به المعاملة، وقيل: لا يجوز حتى يبين ذلك، والقول الثاني لمنذر بن سعيد. ونقل هذا في الورقة الثالثة والتسعين من الطرر في ترجمة وثيقة دَيْن من معاملة، ونقله البرزلي في الورقة الرابعة والعشرين من ترجمة المديان وتوابعه. واعرف ما في الورقة الخامسة ومائة من تذكير الغافل، وفي الورقة السادسة والثلاثين من المباني اليقينية، واعرف ما في الورقة التاسعة والعشرين من أقضية البرزلي، وفي الثامنة والعشرين منها مسألة كَتْبِ الرجل بخطه: لفلان قِبَلي وعندي.

الحمد لله، سأل عبد الملك بن تركية في أواخر رجب الفرد الأصبّ الأصمّ الحرام عام واحد وألف [1001 هـ / أوائل ماي 1593 م] عن

مسألة ابنته: دلالة زوجة محمد بن سالم بن زيدان من باب الجزيرة، أراد زوجها محمد أن يأخذ عليها أخرى فوقع بينه وبينها مشاجرة، فقال: عليك الأمان ما نأخذ عليك، بنات حواء وآدم عليّ حرام لا الحرة ولا الخادم طالما أنت في عصمتي. والتفت إلى أبيها ورجل آخر وقال: اشهدا عليّ طالما هي في عصمتي بنات حواء وآدم عليّ حرام لا حرة ولا خادم. فهل يُمنَع من الزواج لأنه عيّن قوله طالما هي في عصمتي، أو كيف الحكم؟ والسلام.

أجاب عنه الفقيه أحمد المسراتي بما نصّه بعد افتتاحه: إذا كان الأمر كما ذكر فيمنع الرجل المذكور من التزويج مدة بقاء زوجته في عصمته ولا يجوز له تزويج غيرها ما دامت في عصمته. والله تعالى أعلم، وبه التوفيق.

وسأل جوابي عنها فكتبت تلوه: الحمد لله، الحكم في هذه النازلة أن يمنع الرجل المذكور من التزويج مدة بقاء زوجته المذكورة تحت عصمته ولا يجوز له أن يتزوج غيرها ما دامت في عصمته على حسب ما وقع الجواب به أعلاه. والله تعالى أعلم، وبه التوفيق.

تذييل، إنما لا يجوز له أن يتزوج غيرها ما دامت في عصمته لأنه علق تحريم بنات آدم على طول ما هي في عصمته، فطول ما هي في عصمته هُنَّ عليه حرام. والقاعدة أنّ « التعاليق أسبابٌ تتقدّم على مسبّباتها» قاله الشيخ شهاب الدين في قواعده. والسبب يلزم من وجوده وجود المسبّب فيلزم من بقاء عصمته عليها حرمتهن عليه. ولا حرج عليه في هذا العموم في بنات آدم لأنه قادر على فعله وزواله عنه يقطع عصمته عنها أي عن هذه المحلوف لها الشاغلة لعصمته في الحال، فإذا قطع عصمته عنها ارتفع عنه حكم التحريم الموجب للحرج والتحريم في هذا التعليق العمومي في النازلة بمعنى الطلاق العمومي.

فهذان مطلبان، أما المطلب الأول وهو منعه من تزويج غيرها من بنات آدم ما دامت زوجته المحلوف لها في عصمته. ففي ثانية الأيمان بالطلاق من المدونة وإن قال: كلّ امرأة أتزوّجها ما عاشتْ فلانة طالق لزمته كانت فلانة [76 ب] تحته أم لا. فإن كانت تحته فطلّقهما فإن نوى ما عاشت ما دامت تحتي فله أن يتزوج، وإن لم تكن له نية فلا يتزوج ما بقيتْ إلاّ أن يخشى العَنَتَ. قال في خامسة المحل من أركان الطلاق من التوضيح ما نصه: قوله فإن نوى ما عاشتْ ما دامت تحتي فله أن يتزوج وتُقْبل النيته في الفتيا والقضاء، انتهى. وإلى هذا الفرع أشار في آخر المحلّ من الشامل بقوله: ولو قال كلّ امرأة أتزوجها ما عاشت هند طالق لزمه على الأصح، كانت هند تحته أم لا، فإن طلّقها ثم قال: نويت بما عاشت ما دامت تحتي صُدِّق، وإن لم تكن له نية فلا يتزوج ما عاشت إلاّ لخوف عَنَتٍ، انتهى. الشيخ ابن ناجي في خامسة الأيمان بالطلاق من صغيره في قولها: فإن نوى بقوله ما عاشت إلى آخره ظاهره أن له نيته ولو قامت عليه بذلك بينة. وصرّح به ابن يونس في الأيمان والنذور وهو نص الأسْمِعَة والروايات ويريد مع يمينه في ذلك، انتهى.

قلت: لفظ النازلة في عصمتي أقوى في الاعتبار من قوله تحتي بدليل المطلّقة الرجعية فإنها في عصمته حكما فلا يتزوج وهي في عدّتها حتى تَبِينَ من عصمته لخروجها مِن عدّتها. كما إذا كانت عنده زوجة فطلقها فلا يتزوج أختَها أو خامسة حتى تَبِينَ من عصمته بخروجها من العدّة، ولا يصدق على الرجعية أنها تحته. ولو سُلّم التساوي بين اللفظيين ما دامت تحتي وما دامت في عصمتي فإذا كانت نية ما دامت تحتي عاملة ومقبولة في الفتيا والقضاء فلا يتزوج غيرها ما دامت تحته إذا نوى ذلك إلاّ إذا طلقها وبانت. فيكون التصريح بالمعنى المنْوِيّ حيث قال

بلسانه: مادمت في عصمتي كنَّيْتُه إذ لا أقلّ من المساواة بين الملفوظ به والمنويّ وإلاّ فإن الملفوظ به أقوى في إناطة منع تزويجه ما طالت في عصمته إلاّ إذا طلقها وبانت.

وقول المدونة: فإن نوى ما دامت تحتي فله أن يتزوج يعني والمسألة بحالها، وهو أنه قد طلَّقها أي المحلوف لها الشاغلة للعصمة وقت الحلف. ويشهد للنازلة المسؤول عنها أيضا فرع ما إذا قال لزوجته: كلّ امرأة أتزوّجها عليك طالق، لزمه عند ابن القاسم خلافًا لمحمد. قاله الشيخ الطرابلسي في ثالثة الأيمان بالطلاق من حواشيه في قولها: ومن قال كلّ امرأة أتزوّجها عليك طالق فلا شيء عليه وحكى القولين أيضا مَعْزُوّين للشيخ ابن عرفة. ونقلهما كذلك الشيخ البرزلي في ثامنة طلاقه. فقوله عليك بمنزلة قوله في النازلة طالما ما أنت في عصمتي ولفظ التحريم العمومي في التعليق في النازلة كلفظ الطلاق العمومي حسبما يأتي في المطلب الثاني.

وأما المطلب الثاني وهو كون التحريم في هذا التعليق العمومي بمعنى الطلاق العمومي وحكمه حكمه فالدليل عليه ما وقع للشيخ ابن عرفة في بحث تعليق الطلاق العمومي ونصّه: لو علّق التحريم بما يبقى كثير ألزِم ولا تدخل الزوجة إلاّ أن تبين ويشملها اللفظ فيها: من قال كلّ امرأة أتزوّجها إلاّ من الفسطاط طالق، أو قال إن لم أتزوج من الفسطاط فكل [77 أ] امرأة أتزوّجها طالق لزمه الطلاق فيمن تزوّج من غيرها. قلت هكذا في نسخة عتيقةٍ منه، ونقلها عنه الشيخ البرزلي بلفظها، فسَوْقُه لمسألة المدونة وهي مسألة تعليق طلاق لتقرير الحكم باللزوم في مسألة تعليق التحريم دليل على اتحاد الحكم في مسألة الدليل ومسألة المدلول. فيكون الطلاق مصدوق التحريم جزمًا في بحث التعليق العمومي فيهما. ونازلة جوابي من فروع تعليق التحريم

العمومي، فتأمله. وأيضا فقد ساق مسألة تعليق التحريم المذكور تحت مساق تعليق الطلاق المذكور، فدلّ على أن التحريم أيضا في التعليق طلاق فيه، فتدبَّرْه منصفًا.

فإن قلتَ: لعل التحريم في النازلة من التعليق السياقي في التحريم، والتعليق السياقي في التحريم قد اضطرب فيه ترجيح الشيوخ المتأخرين: هل يلزم إلحاقًا بالطلاق المعلق تعليق السياق. وقياسا على مسألة ستورها وأن العامَّة يقصدون التعليق ويعرفون معناه وإن لم يعرفوا التعبير عنه أولاً يلزم للفرق بينهما بأن الطلاق لا يتعلق في غير زوجة، بخلاف التحريم فالعامة يحرّمون الطعام والشراب مثلا، ويكون في النازلة غير اللزوم فيكون تحريما لغير مدخول بها، فيُنَوَّى القائل في النازلة في قصْده طلقة واحدة.

قلتُ: ليست النازلة من باب التعليق السياقي في التحريم لوجوهٍ، الأول أن التعليق فيها قَصْديّ لا أنه سياقيّ، ودليل القصد إليه المشاجرة الواقعة بينهما في إرادته تزويج امرأة أخرى وقوله ما نتزوج عليك، وإردافه هذه المشاجرة، وهذا القول بتحريم بنات آدم عليه ما بقيتْ في عصمته. فتقدمُ كلامه في التزويج عليها وإرْدَافُه بالتحريم المذكور ظاهر في قصد التعليق فهي قرينة مَقَالِيةٌ دلّتْ على القصد إلى التعليق بمعناه حينئذ بنات آدم عليّ حرام إن أخذْتُهن عليك، فالشرط المعلق عليه من لفظ المذكور ولا يقبل منه دعوى عدم القصد إليه على ما نُقرّره قريبا في الوجه الثالث وللتهمة على التحليل. وأما التعليق السياقي فالدال عليه قرينة الحال. والقاعدة أن « القرينة المقالية أقوى في الدلالة من القرينة الحالية » صرّح به الشيخ ابن ناجي في سابعة غَرَر كبيره.

الوجه الثاني، لو سلم أن الدال على التعليق في النازلة قرينة حالية وهو مِن معنى السياقي لا أنه قرينة مقَالِية فالتحريم في التعليق العمومي

بمعنى الطلاق. والطلاق مصدوقه على ما دلّتْ عليه عبارة الشيخ ابن عرفة في التعليق العمومي في ما نقلته عنه الآن. وإذا كان التحريم العمومي في التعليق العمومي بمعنى الطلاق العمومي لزِمَ منه لُزوم التحريم العمومي في التعليق السياقي لأنه قد دَرَج الشيخ في مختصره على لزوم الطلاق المعلق تعليق السياق حيث قال: كقوله لأجنبية هي طالق عند خطبتها، فسياق طلاقها عند خطبتها آذِنٌ بتعليقه على تزويجها، فهو قد مشى على لزومه كما قد رأيتَ.

ونقل الشيخ البرزلي عن النوادر: مَن دُعِي إلى نكاح امرأة فقال هي طالق [77 ب] ولم يقل إن تزوجتها لزمه الطلاق إن تزوَّجها، انتهى. ونقله الشيخ بالنور الأربسي في ما كتب من حواشٍ على ابن عرفة وزاد: وقاله أشهب، انتهى.

الوجه الثالث، أن الحكم في الكنايات الظاهرة ومنه: البرية والخلِيّة والحرام، أنها في العرف طلاقٌ وأنها كصريح الطلاق في أنها لا تقبل دعواه في أنه قصد به غير الطلاق إذا قال ذلك لزوجته وقال: لم أُرِدْ به طلاقًا إذا تقدَّم كلامٌ يدلّ على إرادته الطلاق. في التخيير والتمليك منها: إن قال لها بَرئتِ، مني أو أنتِ خلية وقال: لم أرد بذلك طلاقا فإن تقدم كلام يكون هذا جوابه يدلّ على أنه لم يُرِدْ به الطلاق صُدِّقَ وإلاّ فلا. الشيخ المغربي: اللفظ يحتمل معنَيَيْن البراءة من العصمة، والبراءة من الدَّيْن فبِسَاط الدَّيْن أن يكون له عليها فتطلب البراءة منه فيقول أنت برية، وبساط خَلِيّة أن تقول له: خلني نزور، فيقول: أنت خلية، انتهى.

قلت: قولها فإن تقدّم كلام يدلّ على أنه لم يرد به الطلاق صُدّق، مفهومُه إنْ تقدم كلام لا يدلّ على عدم إرادته الطلاق لم يصدق، أو تقدم كلام يدلّ على إرادته الطلاق لم يصدّق. فللمفهوم ثلاث صور: الأولى

أن يتقدم كلام لا يدلّ على إرادته الطلاق، والثانية أن يتقدم كلام يدلّ على إرادته الطلاق، والثالثة أن لا يتقدم كلام أصلا. وجواب الثلاث في قوله وإلاّ فلا، وقد بانتْ منه. والواقع في نازلة جوابي تقدم كلامٌ يدلّ على إرادته الطلاق وهو المشاجرة في إرادته تزويج امرأة أخرى.

وقوله: عليك الأمان ما نأخذ عليك، فهذه المشاجرة والقول المتقدم على قوله: بنات آدم عليّ حرام يدلّ على إرادته بالحرام الطلاق فتكون به النازلة من الصورة الثانية من صور المفهوم، ولم يبق إلاّ أنه في غير مدخول بها، وفي عموم. أما أنه في غير مدخول بها فجوابه أنه في تعليق. وأما أنه في عموم فجوابه أنه قادر على رفع حرجه بطلاق المحلوف لها الشاغلة للعصمة.

وقال الشيخ ابن عرفة -رحمه الله تعالى-: العمل بمفهومات المدونة هو المعهود من طريق ابن رشد وغيره من الشيوخ وإن كان ابن بشير يذكرُ في ذلك خلافًا فَعَمَل الشيوخ الجلّة إنما هو على الأول، وله في جواب المسألة الرابعة من المسائل الغرناطية الأخذ بالمفهوم اعتبره غير واحد من الشيوخ كابن رشد والتونسي واللّخمي وهو حسن صحيح، وتعقب ابن بشير في ذلك على اللخمي غير صواب لما تقرر في أصول الفقه من دليل اعتباره.

قلت: الوجه الأول من الثلاثة محصوله أنّ التعليق في النازلة قصديّ من قرينة لفظية لا سياقي. والوجه الثاني محصوله أن التحريم العمومي في التعليق بمعنى الطلاق والطلاق مصدوقه. الوجه الثالث كالثاني في أن الكناية طلاق إذا تقدم كلامٌ قبلها يدلّ على إرادته الطلاق كالنازلة، وهي في النازلة تعليق. وتبيّن من هذه الأوجه شيئان. الأول أن لفظ التحريم العمومي في النازلة بمعنى الطلاق والطلاق مصدوقه كما مَرَّ ويتفرع [78 أ] على هذا أنه لا تنفعه بينة في النازلة أنه قصد بالتحريم

طلقةً واحدة في التي يريد أن يتزوّجها عليها لأنه يلزمه أن تطلق عليه بالعقد عقبه كلما تزوج لأجل التعليق مدة بقاء المحلوف لها في عصمته، كما في المختصر والشامل في الطلاق المعلق وفي العقبيّة.

والثاني أن التعليق في هذا التحريم العمومي في النازلة دلّ عليه دليل مَقَالي فهو قصديّ لا سياقيّ. ويتفرع على هذا أن الخلاف الواقع في التعليق السياقي لا يدخل في هذه النازلة وأنها ليست من فروعه. على أنه قد وقع للشيخ ابن عرفة -رحمه الله تعالى- في بحث التعليق السياقي في التحريم من مختصره ما نصّه: أرى أنْ يستفهم القائل فإن أراد به معنى تحريم الطعام والشراب أو أنه صيَّرها كأخته وخالته فلا يلزمه شيء، وإن أراد به معنى أنها طالق فيلزمه التحريم، وكذا إن لم يَنْوِ شيئا إذ لا تباح الفروج بالشك، انتهى.

تنبيهان: الأول، هذه النازلة المسؤول عنها من فروع المحلوف لها وهي الشاغلة للعصمة وقت الحلف والحكم في الجديدة أنه يلزمه الطلاق فيها كلّما ردّ المحلوف لها الشاغلة للعصمة حال الحلَف سواء ردّها في بعض العصمة وقد بقي بعضها أو ردَّها في عصمة جديدة. وهذا لأنها محلوف لها. وإليها أشار في الشامل بقوله: لا محلوف لها، ككلّ امرأة أتزوّجها عليك فهي طالق وفيها وفي غيرها أي وفي العصمة الأولى وفي غيرها مِن العِصَم المجدّدة. فقوله: لا محلوف لها، مخرج من قوله قبل ذلك لا أن نكحت بعد الثلاث في حق المحلوف بطلاقها. فالمحلوف بطلاقها إذا عادت على عصمةٍ جديدة بعد الثلاث لا يلزمه فيها طلاق إذا فعلت المحلوف عليه كقوله: أنت طالق إن فعلتِ كذا. ثم أبانها ففعلته لم يقع شيء وإن ردّها ولو بعد زوج فبعَلَتْه وقد بقي بعض العصمة المعلق فيها وقع لا إن نكحت بعد الثلاث. هكذا كلام الشامل.

وحاصِلُه: الحقائق ثلاث محلوفٌ بطلاقها ومحلوف عليْها ومحلوف لها. فالمحلوف بطلاقها كما إذا قال لها: أنت طالق ثلاثا إنْ فعلتِ كذا. فإذا أبانَها ففعَلَتْه وقْت البينونة لم يقع طلاق. فإن ردّها وإن بعد زوج ففعَلَتْه وقد بقي بعض العصمة المعلق فيها وقع لا أن نكحت بعد الثلاث. ومثال المحلوف عليها ما إذا قال: أنتِ طالق إن وطئتُ عزَّة، فعزَّة محلوف عليها، فإذا أبتْ عزَّة المحلوف عليها ونكحها بعد زوج فاليمين تعود عليه فيها عند الجمهور. قاله في الشامل تابعا للشيخ ابن عبد السلام.

ومثال المحلوف لها ما إذا قال لزوجته: كل امرأة أتزوّجها عليك طالق فلو أبتّها ثم تزوّج ثم تزوجها بعد زوج أو تزوجها بعد زوج ثم تزوج طُلّقت الأجنبية ولا حجة له. إن قال: لم أتزوج عليها وإنما تزوجتُها هي على غيرها لأن قصْده أن لا يجمع بينهما. فقول المختصر والشامل في بحث المحلّ: ففيها وغيرها ضميرهما عائد على العصمة أي يلزمه الطلاق في [78 ب] المحلوف لها وعليها في العصمة المعلق فيها وفي غيرها من عِصَم تجددتْ بعد البتات. والله تعالى أعلم.

الثاني، حكم المطلّقة الرجعية حكم ذات العصمة فالأولى أن تكون عبارتي في النازلة أن نقول: ما دامت في عصمته حسًا أو حكْمًا فيدخل ما إذا طلق ذات العصمة طلاقا رجعيا ولم تخرج من العدة فإنه يمنع من التزويج في حتى تنقضي عدّتها لأنّها في عصمته حكمًا إلاّ في حرمة الاستمتاع كما وقع في فصل الرجعة من الشامل. ولي أن نجيب عن هذا الإيراد بأن نقول إن العصمة أضيفتْ إلى معرفة وهي الضَّمير فتفيد العموم في عصمة حسيّة وعصمة حُكْميه إعمالا لعمومها الحاصل من إضافتها إلى المعرفة لأن القاعدة أنّ « المفرد المضاف إلى معرفة يعمّ» كما نصَّ عليه أهل الأصول، فاعرف ذلك. وقد مرّ في الورقة السادسة عشرة ومائة.

الحمد لله، سألني الحاج علي ابن القائد أحمد الغياط مع الكاتب سالم حسين في يوم الاثنين رابع عشرين من رجب الفرد عام واحد وألف [1001 هـ / 27 أفريل 1593 م] عن مسألة بكْرٍ مهملة تزوجتْ بولاية رجلٍ من قرابتِهَا بعد أن قدّمه القاضي لذلك. ولها الآن في البيت ما يقربُ من عشرة أشهر، ولها أسباب وحوائج منها ما هو من نقْدها ومنها ما هو أخرجها به قريبُها المذكور من ماله إحسانًا إليها وصلَةً لرَحِمها عملاً بالفضل ورجاء الثواب. والحوائج كلها معها بدار الزوج، والآن أراد زوجها السفر لبعض بلاد الغرب وله هنالك قرابة. فقام قريب البنت محتسبًا وظهرتْ له على الزوج أمائر[1] الخوف على حوائج البنت المذكورة أن ينالها الزوج عند سفره أو ينال بعضها، وربما تساعِفه البنت المذكورة وتكتم ذلك عن قريبها المذكور، لما جُبِلتْ عليه الزوجة من مطاوعة الزوْج إما لرهبةٍ أو لرغبةٍ منه لها فيؤدي ذلك إلى ضياع مالها. فهل يمكّن قريبها المذكور من الحيلولة في ذلك فيثقف حوائجها لأجل هذا العارض والخوف منه ووليها ثقة مأمون ولا يخاف منه على الحوائج المذكورة بوجه أو لا يمكّن من ذلك؟ والسلام.

فأجبتُ بما نصّه بعد افتتاحه: إذا كان الأمر كما ذكر فيمكّن قريبها القائم المذكور مِن تثقيف حوائجها للخوف المذكور حتى يتعدّى عارض الخوف، فإذا ظهر عند الشيخ القاضي -حفظه الله تعالى- هذا السبب فله أن يبني عليه ويمكّن القريب المذكور من ذلك. هكذا وقع في فتوى القاضي أبي الوليد بن رشد -رحمه الله تعالى- والله سبحانه وتعالى أعلم، وبه التوفيق.

فتوى القاضي أبي الوليد المشار إليها وقعت في الورقة الثالثة والعشرين من الطرر في ترجمة إجبار الوصي لليتيمة، ونقلها الشيخ البرزلي في الورقة الرابعة عشرة من نكاحه مسلّمًا لها مقتصرًا عليها.

1) جمع أمارة: علامة.

واعرف ما في عاشرة الطرر عن مؤلفة ابن لبابة، ونقله الشيخ البرزلي في الورقة الثالثة عشرة من فصل الحجر من ترجمة المديان وتوابعه. والله تعالى أعلم، وبه التوفيق، سبحانه وتعالى.

الحمد لله، سألني الكاتب محمد دُودش القلعي والابن سوسي في أوائل [79 أ] شعبان عام واحد وألف [1001 هـ / أوائل ماي 1593 م] عن مسألة رجل اسمه بركات وزوجته دحمانة بنت المعلم أحمد الروسي تحت أيديهما رباع مدة تقرب مِن ستين سنة قامت عليهما الآن امرأة اسمها الدائخة بنت فاطمة بنت المعلم أحمد الروسي المذكور. ففاطمة ودحمانة بنتَا المعلم أحمد الروسي وطلبتْ حقها المنجرّ لها من جدّها أحمد المذكور في الربع المذكور فدافعاها بطول الحوز المذكور، فاستظهرت الدائخة بعقد إيداع أنها لا تسكت عن حقها تاركةً له، بل هي على حقّها طال الزمان أو قَصُر. واستظهرت أيضا بثبوت الرباع المذكورة أنها ملك لجدها للأم أحمد الروسي المذكور بشهادة عدلٍ وبعضٍ من العوام وأنه يتصرف في الرباع المذكورة مدة تزيد على سبعين سنةً إلى أن توفي وورثه ورثته.

ثم بعد ذلك أقامت دحمانة المذكورة بيّنةً بالحوز المذكور بشهادة استرعاء فأخذتْ الدائخة القائمة المذكورة نسخةً منها وأبطلتْ الحوز المذكور الإبطال الشرعي والحالة أن الحائزين والمحوز عليها بينهم قرابة يجمعهم الجدّ المعلم أحمد الروسي المذكور، والحالة أن الرابحة القائمة كانت قبل الآن في بلد غير البلد الذي به الرباع المذكورة تحت زوج هنالك، وأمّها من قبلها كذلك في قرية خارج البلد الذي به الرباع المذكورة. فهل لها القيام والتمكّن من حقها أم لا؟ جوابكم والسلام.

فأجبت بما نصّه بعد افتتاحه: إذا كان الأمر كما ذكر وثبت الملك لأحمد الروسي وثبتت وفاته ووراثته بتناسخها على ما يجب بطريق الاستحقاق الشرعي فيجب على المقوم عليهما وهما بركات ودحمانة أو وارثهما إثبات الوجه الذي صار به الملك إليهما بابتياع من الدائخة أو من مورثها أو بهبة او بصدقة أو نحو ذلك. فإن أثبَتَه وعجزت الدائخة عن الدفع فيه أسقطت فيه الإعذار وانصرفت. وإن لم يُثبت وارثهما الوجه الناقل أو أثبته وأبطلته الدائخة القائمة قُضِيَ لها بحقّها في الرباع المذكورة. هذا حاصل ما أفتى به القاضي أبو الوليد بن رشد -رحمه الله تعالى- في هذا الأصل قائلا: هذا الذي مضي عليه العمل وأفتى به شيوخنا، وهو مذهب ابن القاسم وروايته عن مالك في المدونة -رضي الله تعالى عنهما-: ولا اختلاف أحفظه في ذلك، انتهى. فلا حجة للزوجين بركات ودحمانة ولا لِوَارِثهما المقوم عليهم في تمسكم بمجرد الحيازة المذكورة لما مَرّ مِن فتوى القاضي أبي الوليد -رحمه الله تعالى- ولما وَقَع في المباني اليقينية ونصّه: قول الشيخ ابن عبد السلام ظاهر كلامهم أنّ الحائز يلزمه بيان السبب الذي نَقَل إليه الملك هو كلام المتيطي والرعيني وغيرهما ولكن بعد إثبات الطالب الملك على الوجه المطلوب في حقه قال وأشار مطرف إلى أن الحيازة وحدها كافية، انتهى. والفرض في النازلة أن الطالبة وهي الدائخة القائمة قد أثبتتْ الملك والوراثة على الوجه المطلوب وبعد أن أثبتتْ ذلك وسقط به تمسك المقوم عليهما بالحيازة وحدها دون إثباتهما السبب الناقل تأكد ذلك [79 ب] السقوط بغيبة الدائخة وأمّها فاطمة المَحُوز عليهما إذا ثبتَ أنهما بحال غيبة عن بلد الملك غيبة متّصلة متبعّلتيْن تحت حكم الزوج.

وقد وقع في جواب القاضي أبي عبد الله بن الحاج -رحمه الله تعالى- أن المرأة المحوز عليها وهي حاضرة البلد تُحْمَل على عدم عِلْمها

بتصرّف الحائز عليها لكونها امرأة مقصورة في منزلها، وهي أبدًا محمولة على عدم العلم بذلك حتى يثبت عليها العلم، انتهى. ووقع في رواية حسين بن عاصم عن ابن القاسم -رضي الله تعالى عنه- أن المرأة من الذين لا حيازة عليهم محجوبة كانت أو كانت غير محجوبة، وسلّمها الأشياخ. وظاهرها كما تراه في حق الحاضرة أيضا فما بالك بالغائبة وقُصَاراها أن تكون كالحاضرة. والله تعالى أعلم، وبه التوفيق.

تذييل، لا بدّ من تقديم أصلٍ تجري عليه مسألة النازلة المسؤول عنها، قال الشيخ ابن أبي زمنين -رحمه الله تعالى-: إذا كان القائم حاضرًا في البلد ينظر إلى حيازة المقوم عليه سنين ذوات عدد. ثم أراد أن يكشفه عن الملك من أين صار إليه لم يكن له، وحسب المطلوب في الجواب أن يقول: ملكي ومتاعي لا حق لك فيه، وهو دليل المدونة. وقول ابن القاسم في العتبية: وخالفني بعض أصحابنا وقال: من حق القائم أن يكشفه وإن كان حاضرًا يرى حوزه الأمر الذي تنقطع فيه الحجة وهذا مخالف للأصول إلاّ أن يُثبِت القائم الملك أو الوراثة. فحينئذ يسأل المطلوب مِن أين صار إليه؟ وقاله مالك في كتاب الشهادات، انتهى. هكذا نقل الشيخ المتيطي ومن آخر أقضية مختصر نهايته نقلتُه.

وقال القاضي ابن رشد -رحمه الله تعالى- في رسم الكبش مِن سماع يحيى ابن القاسم مِن كتاب الاستحقاق: يختلف كشف الحائز من أين صار إليه المحوز باختلاف الوجوه، فوجه لا يُسأل الحائز فيه عمّا في يده من أين صار إليه وتبطل فيه دعوى المدعي فيه، ولا يجب عليه يمين إلاّ أن يدّعي عليه الطالب أنه أعاره إياه يحلف على ذلك.

وهذا الوجه إذا لم يُثبِت المدعي الأصل ولا أقرّ له به الحائز في وجهه مدة الحيازة ولو لم تُنقّض مدة الحيازة كان له تحليفه. ووجه

يسأل الحائز فيه من أين صار إليه؟ ويُصدّق في ذلك مع يمينه ولا يكلف البينة على ذلك وهذا إذا أثبت المدعي الأصل أو أقر له به، انتهى. كلام القاضي أبي الوليد -رحمه الله تعالى- ونقله عنه الشيخ المتيطي إثر كلام ابن أبي زمنَيْن معبّرًا عنه ببعض الشيوخ كعادته في التعبير عنه بذلك. ونقله عنه أيضا القاضي ابن فرحون في الباب السادس والستين مِن تبْصِرتِه في الورقة الثالثة والثمانين ومائة منهما وسلّماه، ولم ينقل ابن فرحون ما يخالفه كأنه المذهب. ومرّ ذلك في الورقة الثانية والتسعين من الجزء الخامس. وفي ملحقه عليها: إذا تقرر هذا الأصل.

فلنرجع إلى ما يتعلق بالسؤال والجواب. قول السائل أخذتْ الدائخة نسخة من وثيقة حوز دحمانة وأبطَلتْها الإبطال [80 أ] الشرعي ذكر محمد دودش السائل المذكور أن الإبطال الشرعي هو رجوع شهود الوثيقة لمّا أن استفسرهم القاضي عنها، وأوقفني على وثيقة الرجوع. وهذا الحوز المرجوع عن الشهادة به هو الحوز المصدّر به في السؤال، فكان على السائل أن لا يصدّر السؤال بذكره إن في تصديره به إيهام تأصّله وأنه لم يبطل، كيف وهو قد انفصل على بطلانه؟ لكن عاميته حملتْهُ على ما فعل.

قولي في الجواب: فيجب على المَقُوم عليهما أو على وارثهما إثبات الوجه الذي صار به الملك إليهما، هذا لأن وثيقة حوزهما لما أن بطلت صارت معدومة شرعا. والقاعدة أن « المعدوم شرعا كالمعدوم حسًّا» ولازم بطلانها بطلان وصْفِها وهو انقضاء مدّتها لأن من بطلانها بطلان ما اشتملت عليه من المدة وغيرها والفرض أن الدائخة قد أثبتت الملك ويكلّف البينة عليه على ما مرّ من كلام القاضي أبي الوليد بن رشد في صدر هذا التذييل، فافهم ذلك. وفتواه -رحمه الله تعالى- التي صدّرت بها في الجواب وأسستْه عليها وقعت منه لأهل شاطبه على ما صرّح به

الشيخ البرزلي حيث نقلها في الورقة الثانية والأربعين من أقضيته ونقلها في الورقة الثانية والأربعين من قضيته ونقلها في الورقة الثالثة والستين من التبصرة، وفي الورقة التاسعة عشرة ومائة من الطرر في فصل التوقيف ومرّت في الورقة الثامنة والستين من السادس.

ونصها الذي مضى عليه العمل في ما أدركنا وأفتى به شيوخنا في ما علمنا أن من ادعى عقارًا بيد غيره وزعم أنه صار إليه عمن ورثه عنه. أنّ المطلوب لا يُسأل عن شيء حتى يثبت الطالب موت مورّثه الذي زعم أنه ورث عنه ذلك العقار ووراثته له، فإذا أثبت ذلك وقف المطلوب حينئذ على الإقرار والإنكار خاصّة ولم يُسأل مِن أين صار إليه. فإن قال: الملك ملكي ودعواك فيه باطل، اكتَفَى منه بذلك ولم يلزمه أكثر منه، وكلّف الطالب إثبات الملك للذي زعم أنه ورثه عنه وأثبت ملكه ووراثته له. فإن أثبت ذلك كما يجب من صحة شروطه سُئل المطلوب حينئذ: مِن أين صار إليه وكُلّف الجواب عن ذلك. فإن ادعى أنه صار إليه من غير موْرث الطالب الذي ثبت له الملك لم يلتفت إليه ولا ينفعه إثباته إن أثبته، وإن ادعى أنه صار إليه مِن قِبَل مورث الطالب بوجه يذكره كلف إثباته فإن أثبتَهُ وعجز الطالب عن الدفع فيه بطلتْ دعواه، وإن عجز المطلوب عن إثبات ذلك قضي عليه للطالب. هذا مذهب ابن القاسم وروايته عن مالك في المدونة ولا اختلاف في ذلك، أحفظه. ومما ذكره ابن العطار أن الفتوى مضتْ بأن المطلوب يلزمه الجواب ابتداء قبل إثبات الطالب الملك لمورثه هل صار إليه بسببه أو بسبب مورثه الذي أثبت موته ووراثته إياه لا يصحّ، وما حـــكاه عن مالك كـــما وقع في شهادات المدونة وغيرها من أنه لا يوقف المطلوب على شيء حتى يثبت الطالب دعواه ليس بصحيح، إذ لا اختلاف في أنه لا بد أن يوقف المطلوب قبل أن يثبت الطالب دعواه على الإقـرار

والإنكار، انتهى. [80 ب] قلت: أعطى-رحمه الله تعالى- في فتواه هذه حكم جوابين يصدران من المطلوب أحدهما غير مسموع وهو جوابه بالصَّيْرورة من غير مورّث الطالب الذي ثبَتَ له الملك قال: لا يُلتفَت إلى هذا الجواب ولا ينفعه إثْبات هذه الصيرورة إن أثْبتها، وثانيهما مسموع وهو جوابه بالصيرورة إليه من مورّث الطالب الذي ثبت له الملك بوجه يذكره. قال: فيكلّف إثبات وجه الصيرورة الذي يذكره وإنما لم نتمسّك بالحيازة في جوابي، وألزمتُ وارث دحمانة المَقُوم عليه أن يثبت الوجه الذي نقل الملك إليه لأن حيازته في النازلة لما أن بطلت بمُبْطِليْن اثنين حسبما ذكر في سؤال السائل قدرت عدمًا عملاً بقاعدة «المعدوم شرعا كالمعدوم حسًا». فقد سقط جواب المطلوب المقوم عليه وهو وارث دحمانة الحيازة في النازلة لبطلانها، وإذا بطلت بطلت بوصفها وهو الانقضاء، وإذا سقط الجواب بها لم يبق إلاّ جواب المطلوب بالصَّيْرورة إليه عمّن ثبت الملك له وهو مورث الدائخة، أو الدائخة تمسّكًا بفتوى القاضي ابن رشد.

ويشهد لصحة تكليف المقوم عليه وهو وارث دحمانة إثبات الوجه الذي نقل الملك إليه دون أن يتمسّك بالحيازة بطلانُ الحيازة بانقضاء مدتها وما أصَّلْتُه في صدر التذييل من كلام القاضي في رسم الكبش، فاعرفه. وأما اقتصار القاضي أبي الوليد في فتواه على تكليف المطلوب إثبات السبب الذي نَقَل الملك إليه وإهماله أن يذكر المطلوب إذا أجاب بالحيازة المقتضية مدّتها في وجه القائم، فالاعتذار عنه ما أنا مُبْدِيه الآن على ضَنٍّ به لتحْويم بعض المتفقهة على استخراجه ولا يذعنون. وما رأيت من شقق عليه مع تلقي أهل المذهب فتواه بالقبول، ولا أعلم أني سُبِقْتُ إليه.

فأقول: الحيازة على وجوه: منها أن تكون مجرّدة، أن تشهد البينة على مجرّد وضع اليد على الملك وشهادة حيازة لم تنقَضِ مدّتها في وجه القائم إمّا حقيقةً وحسًا وإما حكمًا كما إذا بطلت بينتها. ويأتي عن ابن ناجي أن البينة إذا سقطتْ فكأنها لم تكن، في الورقة التاسعة عشرة من الجزء الثامن. ومنها حيازة قد انقضتْ مدّتها.

فالوجه الأول لا يصح التمسك به ولا يعارض بيّنة الملك الذي أثبته الطالب، لقول الشيخ ابن محرز جميع ما في الكتاب من الشهادة بالحيازة لم يُكْتَفَ فيه بالحيازة دون أن تشهد البينة له بالملك أو تكون الحيازة على وجه الملك، وإن لم تكن كذلك لم يقابل بها بينة الملك ولكن يقابَل بها ما هو مِن جنسها من الحيازات، ويرجح بينهما بالتاريخ وغيره. وبذلك فسره أشهب وسحنون في المجموعة.

والوجه الثاني لا يصح التمسك به أيضًا في مقابلة ما أثبتَه الطالب مِن بيّنة الملك والموت والوراثة لقول القاضي أبي الوليد في صدر التذييل في الوجه الثاني منه، ولو لم تنقض مدة الحيازة في هذا الوجه كُلّف الجواب من أين صار إليه وكُلّف البينة عليه. ومرّ نقل الأشياخ كلامه المذكور وتسليمهم إياه.

والوجه الثالث وهو الحيازة التي [81 أ] قد انقضتْ مُدّتُها في وجه القائم فهذا الوجه من الحيازة إنما أعمله القاضي -رحمه الله تعالى- في فتواه ولم يذْكر جواب المطلوب بها إذا أثبتها كما يجب لأنّ علم القائم بملكه إذا كان وارثا شرطٌ في حُجّية الحيازة عليه، والقائم الوارث محمول على عدم العلم بملكه فلما أن كان القائم وارثًا في مسألة فتواه كان الحوز عليه معروضا لمعلومية ملكه للمحوز ومعروضا لعدمها، والقاعدة أنّ « المعروض لشيئيْن متناقضيْن لا يرجع إلى أحدهما ولا يجامعه وإلاّ

لا-ـع النقيضان » فلما أن كان الوارث لا يُحْمل في نازلته على العلم ولا على عدمه أهمل حُجّية الحيازة عليه فسكت في فتواه عن التمسك بها، لأنّ حملها على وجوه شرطها -وهو علمه بملكه- غير متحقق وإذا كان الشرط غير متحقق فالمشروط مثله، فتأمله.

ولنورد الدلائل على شرطية علم القائم بملكه للمتنازع فيه وعلى أن القائم الوارث محمول على الجهل بملكه فنقول: نقل الشيخ القلشاني في شرح الرسالة عن الإمام المازري: الحيازة تصحّ بسبعة شروط وهي الحوز ووضع اليد على الشيء المحاز وأن يُنسَب إليه وأن يتصرف فيه تصرّف المالك في ملكه وأن تطول المدة وأن لا ينازِع المحاز عليه في تلك المدة وأن يكون حاضرًا عالما بالغًا رشيدًا لم يمنعه من القيام مانع، انتهى. وفي المدونة: إن كان هذا المدعي حاضرًا يراه يهدم ويَبْني ويكري فلا حجة له وذلك يقطع دعواه. الشيخ المغربي: قوله حاضرًا يراه، لا بدّ هنا من العلم بشيئين وهما العلم بأنه ملكه والعلم بأنه يتصرف فيه ولا يكفي العلم بأحدهما دون العلم بالآخر. قاله في الوثائق المجموعة لابن أبي حمراء، انتهى.

ونقله الشيخ أبو الحسن الطنجي في طُرَره على التهذيب مقتصرا عليه كأنه المذهب. ونقله أيضا القاضي ابن فرحون في تبصرته كذلك. وكون القائم الوارث محمولا على الجهل بملكه فصرّح به الشيخ ابن فتحون الأوريولي[1] في وثائقه المجموعة من كتب الشيوخ الأربعة، وسلمه في

1) يبدو أن في كتب فتاوى المالكية خلط بين وثائق ابن فتوح ووثائق ابن فتحون وقع ذلك في فتاوى البرزلي وفتاوى الونشريسي، وهو ما نُقل في هذا الكتاب. والراجح أن المقصود هنا ابن فتحون. فقد ورد في هذا النص: ابن فتوح اليولنتي، والاسم الثاني غير مقروء في المخطوط كما ترى لذلك أصلحنا الاسم ابن فتحون هو الذي يحمل اسم الأوريولي. نسبة إلى مدينة أندلسية. وهذا الاسم يقترب من نص الكلمة التي وردت غير مقروءة، فأصلحناه على هذا الأساس. انظر مصادر ترجمة ابن فتحون في معجم المؤلفين لكحالة 9: 284.

الطرر في خاتمة ترجمة بموتٍ ووراثةٍ في الورقة الحادية ومائة، وعليه حمل الشيخ بهرام كلام المختصر في قوله: ثم ادعى حاضرٌ ساكت فقال: الشرط الثالث أن يكون المدعي ساكتا احترازًا مما إذا تكلم ونازع الحائز في تلك المدة أو في بعضها ويشترط في الحاضر أن يعلم أن ذلك ملكه فلو كان وارثا وادّعى أنه لم يعلم قُضِيَ له بذلك. قاله في الوثائق المجموعة، انتهى. وعليه درج في الشامل بقوله: ولو كان وارثا وادّعى نفي العلم فله القيام. وعلى ذلك أيضا حمل المدونة أبو إبراهيم وقيّدها بما في الوثائق المجموعة، وبه قيدها المغربي أيضا، وعليه مشى ابن ناجي في شرح الرسالة. فقال: ظاهر كلام الشيخ أن الحاضر محمول على عدم العلم حتى يثبت العلم وهو قول ابن سهل وظاهر المدونة.

وقيل يحمل على العلم حتى يثبت خلافه [81 ب] وهو قول ابن رشد، وقيل بالأول إن كان وارثا وبالثاني إن لم يكن وارثا، قاله في الوثائق المجموعة وبه القضاء عندنا. والحق أن الذي في الوثائق المجموعة إنما هو التنبيه على فرع متفق عليه وهو إذا ادعي الوارث الجهل بملك مورّثه للشيء المتنازع فيه فإنه يقبل قوله مع يمينه، انتهى.

قلت: ماعزاه لابن رشد إنما هو له في العلم بالحيازة فإن المحوز عليه الحاضر محمول على العلم بها لا أنه في العلم بالملك، حسبما يأتي التنبيه عليه من كلام الشيخ أبي القاسم العبدوسي. ولابن ناجي في شرح المدونة: جعل أبو إبراهيم ما في الوثائق المجموعة هو المذهب فقيَّد به قولها فقال: إلاّ أن يكون وارثًا يدّعي أنه لا عِلْم له فإنه يحلف ويستحقّ. قاله في الوثائق المجموعة ومثله للمغربي، وهذا هو الذي رجحت في شرح الرسالة ثم رجعت لما ذكرته هنا من حمل قولها على الخلاف، انتهى. وفي المباني اليقينية: قول الرسالة ومن حاز دارًا عشر سنين تُنسب إليه وصاحبها حاضر عالم ليس في ظاهره ما يُشعِر بالحمْل

على العلم ولا على عدمه إذ غاية ما يُشعِر به شرطية العلم على تسليمه، وأما كون الأصل وجوده أو عدمه فليس في لفظها ما يُشْعِر بواحد منهما، كما أنه ليس في لفظها ما يدلّ على أنّ العلم المذكور هو العلم بالملك أو هو العلم بالحوز، انتهى.

ووقع في جواب الشيخ الزواوي في ورثةٍ قاموا برسم شراء أبيهم دارا وكانوا محاجير فرشّدهم وَصِيُّهم وقال لهم: ما لَكُم إلاّ ربع الدار فباعوه وباع أشراكهم باقيها، ما نصّه: إذا ثبتَ أنهم ما علموا إلاّ في حين استظهارهم بعقد الشراء وثبت الشراء ممن يصح ملكه فالدار لهم ولا يضرهم حوز من حاز الدار وهم غير عالمين إلاّ أن يثبت من حازها الشراء أو الهبة أو الصدقة فيها. البرزلي في الورقة الثامنة والخمسين من أقضيته قوله: إذا ثبت أنهم ما علموا إلى آخره، يُفْهَم منه أنهم محمولون على العلم حتى يثبت عدم العلم وهي طريقة ابن رشد مع الحضور، ومذهب ابن سهل أنهم محمولون على عدم العلم حتى يثبت علمهم لقوله تعالى ﴿والله أخرجكم من بطون أمّهاتكم لا تعلمون شيئا﴾[1].

قال في المباني اليقينية ما نصّه: من تأمّل وأنْصَف عَلِمَ ضرورة أنه ليس في لفظ الزواوي ما يقتضي الحمل على العلم ولا على عدمه لا ظاهرًا ولا مفهوما لأن المفهوم فيه إنما هو راجع لحصول العلم ووقوعه لا للحمل عليه والحمل عليه هو موضع النزاع، فليس في كلام الزواوي ما يُشْعِر به. ثم قال: وقد وقفت على خط شيخنا أبي القاسم العبدوسي -رحمه الله تعالى- بأسْفَل خط شيخنا أبي القاسم البرزلي المذكور بما نصه: ما عزاه لابن رشد وَهْمٌ منه إنما هو لابن رشد في العلم بالحيازة لا في العلم بالملك، انتهى. وله في موضع آخر ما نصّه: لا خلاف في مذهب مالك -رضي الله تعالى عنه- في اعتبار علم القائم الوارث

1) القرآن: النحل 78.

بملكه واشتراطه في حجّية الحيازة عليه وإنما النظر في الحمل عليه وعدم الحمل عليه، والمذهب حمله على الجهل به حتى يثبت عليه العلم به. نصّ عليه ابن العطار في وثائقه وابن فتوح في الوثائق المجموعة [82 أ] وأبو المطرّف في أحكامه والمتيطي في نهايته وأبو القاسم الجزيري في كتابه المسمى بالقاسمية والقاضي ابن سهل وابن سلمون في العقد المنظم وابن الحاج في نوازله وغيرهم، وهو لازم قول ابن رُشد في حمله على عدم العلم بالبيع لخفائه. وأفتى بذلك الشيخ أبو محمد ابن أبي زيد -رضي الله تعالى عنه - وشيخنا أبو يوسف يعقوب الزعبي وشيخنا أبو عبد الله محمد الحسين الحفصي وشيخنا أبو القاسم العبدوسي وشيخنا أبو القاسم البرزلي وشيخ شيوخنا أبو عبد الله محمد بن عرفة الورغميّ بنقل تلميذه شيخنا البرزلي عنه، انتهى. وفي موضع آخر من المباني ما نصه: الذي مشى عليه ابن رشد وعُزِيَ له حمل القائم الحاضر على العلم بالحيازة لظهورها وكونها مشاهدة محسوسة بخلاف الملك فإن أسبابه خفية، الأصل عدم العلم بها لخفائها فيُقبل قول مدّعي ذلك، انتهى.

قلتُ: إنما اعتذرتُ عن القاضي بما ذكرته عما أصّلْتُه في نازلة فتواه من تكليف المطلوب الجواب بالسبب الناقل للملك إليه وإثباته دون أن يجعل له الجواب بالحيازة المستجمِعة لشرائطها وانقضاء مدّتها مع إطباق أهل المذهب على الاكتفاء بها في قطع دعوى الطالب وبينته ليحصل من ذلك الاعتذار الجمعُ بين ما أصَّله في فتواه وبين ما أطبق عليه أهل المذهب وبين ما أصله هو في رسم الكبش من أن تكليف المطلوب إثبات السبب الناقل إنما هو حيث لم تَنْقَضِ مدة الحيازة في وجه الطالب وقد أثبت الملك والوراثة. فمن عثر على اعتذارٍ أبْيَن مما اعتذرتُ به عنه فليُلحِقْهُ مُوَفّقًا مُثابًا، إن شاء الله تعالى.

قولي: فلا حجة للزوجين بركات ودحْمانة ولا لِوارثهما المقُوم عليهم في تمسّكهم بمجرّد الحيازة المذكورة، إلى قولي: على الوجه المطلوب في حقّه، ذكرتُ هنا دليلين لمنع تمسّكهم بالحيازة المذكورة، الأول فتوى ابن رشد حيث أهمل التمسّك بها على القائم الوارث الذي أثبت الملك والوراثة، لكن سندي في إهمالها في نازلتنا فتواه البناء على بطلان الحيازة أعني حيازة وارث دحمانة وبطلان مدّتها على أن الدائخة المَحُوز عليها محمولة على عدم عِلْمها بحوز دحمانة أو حوز وارثها ومحمولة على عدم علمها بملكها إلا وقت إيداعها ومنه إلى وقت قيام وارثها مدة قاصرة عن حوز القرابة. وأما في نازلة فتوى القاضي فَلِمَا قررتُه من شرطيّة علم القائم الوارث لملكه المتنازع فيه، وعلمه به شرطٌ في صحة الحيازة عليه وهو محمول على العلم بذلك لكونه وارثًا. والحمل على عدم صحة الشرط يلزم منه الحمل على عدم صحة المشروط وهو الحيازة عليه، وإذا حملت الحيازة عليه على عدم الصحة وجب إهمالها وإهمال الجواب بها لأنها من باب المقتضي.

والثاني ما وقع في المباني اليقينية من كلام الشيخ ابن عبد السلام ومن معه بعد إثبات المُطالب الملكَ على الوجه المطلوب يلزم الحائز بيان السبب الذي نقل الملك إليه. وقد وقع في النازلة إثبات الطالب الملك على الوجه المطلوب لكن [82 ب] هذا الدليل من كلام الشيخ ابن عبد السلام ومن معه إنما يتمّ بالبناء على عدم انقضاء مدة الحيازة وبعد أن يفسر البيان بالإثبات أي بعد أن يفسر بيان السبب في كلامهم بإثباته لا بحمله على ظاهره من مجرد ذكره وذكر الاستناد فيه في الحيازة دون إثباته، وهو في نقل المباني محتمل لما فسّرتُه به ومحتمل لمجرّد ذكره. والظاهر منه إرادة مجرّد ذكره لا إرادة إثباته لأنه في الورقة الخامسة والخمسين من المباني بعد أن نقل عن ابن رشد أن

الحيازة دليل عادي جعله الشرع مصدّقا للحائز في ما يدّعيه من ملك مَحُوزه. وعن الرعيني: إذا ادّعى الحائز ملك مَحُوزه بوجه الملك لا بالحيازة وحدها أردف هذين النقلين بما نصّه: وقول ابن عبد السلام ظاهر كلامهم هذا أن الحائز يلزمه بيان السبب الذي نقل الملك إليه، هو كلام المتيطي والرعيني وغيرهما ولكن هذا بعد إثبات الطالب الملك على الوجه المطلوب في حقه، انتهى.

فكلامه هذا -كما تراه- ذكر فيه إلزام بيان السبب في حيازة قرّر وجودها لا بُطْلانها وقرّر دلالتها واستدرك في الإلزام المذكور كونه بعد إثبات الملك، فيكون البيان المذكور بيانا ذكريًا ولا يصحّ أن يكون بيانا مُثبتًا لأن البيان المثبت إنما يلزم حيث لا تكون الحيازة حاصلة بمدتها حسبما مرّ في صدر التذييل من كلام ابن رشد في سماع يحيى، وعلى أن البياين المذكور بيان ذكري يحصّل التوافق بين هذا التقرير لكلام ابن عبد السلام ومن معه وبين كلام ابن رشد الذي نقلته عنه في صدر التذييل عن شرح سماع يحيى في رسم الكبْش، وهو كلامه في الوجه الثاني في النوع الأول منه حيث قال: ووجهٌ يسأل الحائز فيه مِن أين صار إليه إلى آخره. وعلى هذا فلا دليل في كلام ابن عبد السلام ومن ذكر معه في استدراك صاحب المباني على النازلة لأن النازلة فيها حيازة بطلت وبطل انقضاء مدتها ببطلان البينة بذلك، وفيها إلزام إثبات السبب الناقل لأجل بطلانها وبطلان انقضاء مدّتها لا مجرد ذكر السبب دون إثباته، فاعرف ذلك. وعلى هذا كان الأوْلى لو اقتصرتُ في الجواب على الدليل الأول فقط. والله تعالى أعلم.

ولم يحضرني الآن نسخة من ابن عبد السلام لنطالع النقل منها ولا كلام من معه، والتحقيق أن وارث دحمانة لا يصحّ تمسّكه بحيازة على الدائخة وأمّها فاطمة ولو ثبتت الحيازة ببينة لأن المحوز عليهما

المذكورتيْن امرأتان مقصورتان تحت حجاب الزوج وحكْمه، وذلك عذر يمنع الاحتجاج عليهما بالحيازة على ما وقع في الرواية المذكورة في الجواب، ولو كانتا عالمتين حسبما يأتي في الرواية في الورقة الثالثة عشرة ومائتين. وأما تمسّك وارث دحمانة بالحيازة المذكورة في السؤال فقد تعيّن سقوطها وسقوط تمسكه بها من وجهين مشار إليهما في السؤال.

أحدهما سقوطها برجوع شهودها، والمعلوم أنّ البينة إذا سقطتْ فكأنها لم تكنْ حسبما وقع التصريح به في الورقة الثانية والثلاثين من شهادات كبير الشيخ ابن ناجي -رحمه الله تعالى- ودليل صحته قاعدة « المعدوم [83 أ] شرعًا كالمعدوم حسًا » وثانيهما أنّ حوز الزوجيْن حوزٌ مجرّد عن ملك والحوز الذي أثبته وارث الدائخة القائم مصحوب بملك ووراثة مشهود بهما كما ذكر في السؤال. والحوز المجرّد عن الملك لا يعارض الحوز المصحوب به ولا يقاومه لقول الشامل وغيره: ورجح بملك على حوز وإن سبق، كأَنْ شهِدتْ بينة أنه يملكه منذ سنة وأخرى أنه بيد الآخر منذ سنتين خلافا للتونسي، انتهى. وأحرى حيث كان الملك هو السابق وقد بطلتْ بينة الحوز كما في النازلة. وقولي: والفرض في النازلة أن الدائخة القائمة قد أثبتت الملك والوراثة على الوجه المطلوب. هذا الفصل يمكن أن يجعل توجيها لدخول النازلة تحت كلام الشيخ ابن عبد السلام ومن معه لكن على الوجهين اللذين يحتملهما كلامهم وهو تفسير بيان السبب بإثباته. ولا يتمّ الغرض بدخولها تحته على المحمل الثاني، وهو تفسير بيان السبب بمجرد ذكره من لفظ الحائز وهو وارث دحمانة وذكره الاستناد إليه في حيازته. ويمكن أن يجعل توجيها لدخولها -أعني النازلة- تحت أصل الحكم الذي أصّلتُه في جوابي وهو تكليف المطلوب -وهو وارث دحمانة- الجواب بالسبب الذي نقل الملك إليه وتكليفه إثباته، لكن لا بد مع هذا التوجيه من مراعاة

كون وثيقة حوْز المطلوب المذكور قد بطلت وبطلت مدّتُها المنْقضية، فاللفظ محتمل للجَعْليْن المذكوريْن.

وقولي: وبعد أن ثبت ذلك وسقط به متمسّك المَقُوم عليهما بالحيازة وحدها دون إثباتهما السبب الناقل الإشارة بذلك عائدة على الملك والوراثة الذي أثبتتْه الدائخة الطالبة، وضمير به عائد على مَعُود الإشارة، والباء سببية، والمقوم عليهما بركات ودحمانة، والمعنى ووارثتهما. ورتبتُ على ثبوت الملك والوراثة في جهة الدائخة الطالبة حكمين في جهة بركات ودحمانة المطلوبين الحائزين. الأول سقوط تمسكهما بالحيازة وحدها وهو مرتّب على إثبات الدائخة الطالبة الملك والوراثة. ومثار هذا الحكم ودليله قوله في رسم الكبش المذكور وَوَجْه يُسأَل الحائز فيه مِن أين صار إليه. والثاني سقوط قصرهما في النازلة دون إثباتهما السبب الناقل لأن الحوز قد بطل الإبطال الشرعي فصار كأنه لم يكن وكأن لم تنقض مدّته، ودليل هذا الحكم ومَثَاره قوله في رسم الكبش المذكور: ولو لم تنقض مدة الحيازة في هذا الوجه كُلِّف الحائز الجواب من أين صار إليه وكُلِّف البينة على ذلك.

فقولي: تأكد ذلك السقوط بغيبة الدائخة وأمها المَحُوز عليهما متبعلتيْن تحت حكم الزوج. إذا ثبت ذلك أعني أن السقوط المذكور بما ذكر تأكد أي تقوَّى حكمه بما ذكر وهو التبعّل والغيبة، والمعنى المقصود كونهما امرأتين حسبما اقتضاه نص الرواية وبفتوى القاضي وتوجيه أخذ الحكم المذكور منها قد مرَّ والعامل في بعد هو تأكد. وجواب القاضي ابن الحاج وقع في الورقة الحادية والثلاثين من ترجمة الغصْب والاستحقاق من البرزلي، ورواية حسين بن عاصم [83 ب] عن ابن القاسم نقلها ابن حبيب في واضحته ونقلها عن الواضحة القاضي ابن فرحون في أول الباب السادس والستين من تبصرته في الورقة الثانية

والثمانين ومائة منها، ونقلها أيضا من طريق ابن حبيب في ترجمةٍ بموتٍ ووراثةٍ في الورقة المائة من الطرر. ومرادي بالأشياخ الذين سلّموا الروايةَ واقتصروا عليها ابن حبيب وابن عتاب وابن فرحون. ولا يعترض على عدم علم الدائخة بتصرف دحمانة ووارثها في الرباع وعلى عدم علمها بملكها للمتنازع فيه بإيداعها الذي أشار إليه السائل في سؤاله فإن إيداعها يقتضي علمها بملكها وبحوْز دحمانة عليها لأنا نقول: إيداعها المذكور في السؤال صورة لفظه أنها لا تسكت عن حقّها تاركة له بل هي على حقّها طال الزمان أو قصر. وقصارى ما يدلّ عليه هذا اللفظ أن حقّها مِن الربع لا تصرّف لها فيه فهو لو اقتضى أنه محوز عنها في الجملة لأجل أن غيبتها مظنّة لكون نصيبها من الرباع محوزًا حق ذلك لا يشعر بحائزٍ معين.

والقاعدة أنّ « الأعمّ لا يدلّ على الأخصّ ولا يُشْعِر به » فلا يصحّ لدحمانة ولا لوارثها التمسك بالإيداع في دعواها علم الدائخة بحَوْزها عينًا لأنه لا يدل على أن الحائز هو دحمانة أو وارثها ولا يشعر بهما لما بيّنتُه. ولو سلّمنا لزوم عِلْمها بالحوز عليها من إيداعها وقولها فيه: طال الزمان أو قصر، فهو إنما يدلّ على مجرّد حوزٍ لا عِلى تعيين مدة. والحوز الذي يكون حجّة عليها إنما هو حوز مصحوب بمدة مخصوصة بين الأقارب، فصار الحوز المعلوم لها من دلالة إيداعها أعمّ في تعيين مدةٍ ما، والأعمّ لا يشعر بالأخصّ الذي هو موضع الاحتجاج به عليها. وأيضا فإن إيداعها حادثٌ عن متقدّم الحيازة التي ادّعاها وارث دحمانة، فمن تاريخ الإيداع الذي هو وقت حصول العلم ومظنّتِه إلى وقت القيام لا يقطع حق القرابة. على أن هذا الاعتراض لو سَلِم وُروده على الدائخة وتمسّكت به دحمانة أو وارثها عليها من حيث إنها أودعت فهو لا يرد على فاطمة لأن الإيداع ليس منها. فيتم لفاطمة إذن أن تتمسك بكلام ابن الحاج ولا اعتراض عليها فيه.

ثم إن هذا الاعتراض أيضا لو سُلّم به إنما يرد على الدائخة المودعة في تمسّكها بكلام ابن الحاج. وأما تمسّكها بما في الرواية عن ابن القاسم وهو أن المرأة من ذوي الأعذار الذين لا حيازة عليهم، محجوبةً كانت أو غير محجوبة، فلا يرد عليها الاعتراض في هذا التمسك بعلمها بحوْز الحائز عليها. ولو علمتْ عينه لأنّ مقتضى الرواية المذكورة عذر ذوي الأعذار المذكورين فيها حتى مع عِلْمهم وسكوتهم عن القيام. وسيأتي لفظها في الورقة الثالثة عشرة ومائتين. وما ذلك إلاّ للعذر الذي قام بهم في الرواية، فانظر نصّ الرواية تجدْه كذلك، وهي في الورقة الثانية والثمانين ومائة من التبصرة، وفي الورقة المائة من الطرر، ويأتي نقلها في الورقة الثالثة عشرة ومائتين.

تنبيه، التعارض الذي مرّ بين حوز [84 أ] وارث الدائخة المصحوب بالملك وحوز وارث دحمانة الغير مصحوب به قد مرّ تقرير أنّ الحكم فيه أن يُقضَى بترجيح الملك على الحوز وإن سبق، وهو مشكل بقولها في مسألة الأمة: إلاّ أن يحوزها الأقرب تاريخًا بالوطء والخِدْمَة والادّعاء لها بمحضر الآخر، فذلك يقطع دعواه والحكم في تعارض حوزيْن حوز المقوم عليه وحوز سابق عليه أن يُقْضى بحوز المقوم عليه فهو مقدم على مثبت حوْزٍ سابقٍ، حسبما نقله الشيخ الجد في بحث الملك من مختصره الفقهي عن الشيوخ خليل وبهرام وابن شاس وابن الحاجب وابن عبد السلام وابن هارون وابن راشد وابن فرحون. قال: وقرّره الشيخ ابن عبد السلام بقوله: لأن كونه كان في يده لا يدلّ على أنه مالكه ولا أنه مستحق بوضع اليد عليه، وهو أعمّ في ذلك كلّه، والأعم لا يُشْعِر بالأخص فلم يبق إلا مطلق الحوز وها هو محوز في يد الآخر. الشيخ الجد: وعزاه غير واحد لأشهب.

قال ابن محرز -رحمه الله تعالى-: وكذلك فسره أشهب وسحنون في المجموعة. قال أشهب: لو كان عبدٌ بيد أحدٍ فادّعاه آخر وأقام

بينة أنه كان أسر بيده فلا يكون أحق به حتى يُقيم بينة أنه بملكه. قال ابن محرز: هذا صحيح، وذلك أنّ الظاهر أن الملك لمن هو في يده، فشهادة البيّنة أنه كان أسر في يد آخر لا يكون دليلاً على ملكه. زاد في المباني اليقينية من تمام كلام ابن محرز ما نصّه: ولو كان الآخر أقام بينة أن العبد له يملكه لكانت بينته أولى أن يُقْضَى بها ويخرج العبد من يد مَن هو بيده لأنه ليس معه أكثر من ظاهر الحيازة، وشهادة الملك أولى من ذلك الظاهر. انتهى ما زاد في المباني.

قلتُ: أشار إليها في الشامل بقوله: لا إن شهدتْ بينة أنه كان بالأمس في يده وفي المختصر بقوله: ولم يأخذه بأنه كان بيده. وللشيخ الجد في المباني وفي إعلام الرفاق ما نصّه: ضَعّف الشيخ ابن عرفة كلام ابن الحاجب وابن شاس في هذا الفرع بأنهما أخذاه من قول الغزالي في وجيزه بناء على أن ذلك هو مذهب الشافعي لا مذهب مالك، وتضعيفه لغو، وقد عزا ابن محرز النص بعدم ردّ المتنازع فيه إلى الحائز الأول لابن حبيب قائلا: وقد فسّر به سحنون روايات المدونة وذلك أقصى غاية لتحقق موافقته لمذهب مالك -رضي الله تعالى عنه- وإنما يُنظر في دعوى القائم بالحوز السابق حيث يثبت طول الحيازة والتصرّف تصرّف الملك وعدم المنازع، انتهى.

قلتُ: أراد بقوله: حيث يثبت طول المدة الخ، أن تكون الحيازة على وجه الملك وهي التي أسلفتُ ذكرها في كلام الإمام المازري من نقل الشيخ القلشاني في الورقة الخامسة من هذه النازلة فاعرفها. وأما إذا تعارضت بينتا الملك فالحكم في ذلك أن يُقْضى بأقدم التاريخ حسبما أفتى به القاضي ابن رشد في الورقة الخامسة والأربعين من أقضية البرزلي، وذيّل عليه الشيخ البرزلي -رحمه الله تعالى- أن أصل هذه المسألة في المدونة [84 ب] واستشكل الترجيح بقدم الملك بأن الشهادة الحادثة

ناقلة والحكم للناقلة. وبقوْل: جابر كانوا يأخذون بالأحْدَث من فعله -صلى الله عليه وسلم تسليما - لأنه شبه الناسخ. وذكر جواب شيخه ابن عرفة عن الإشكال بما يطول جلبه. والأصل الذي أشار إليه في المدونة هو قول شهاداتها في مسألة الأمة كما لو شهدتْ بينة أن هذا يملكها منذ عام وبينة لآخر أنه يملكها منذ عامين قال: أقضي ببينة أبعد التاريخين إن عدلتْ وإن كانت الأخرى أعْدل ولا أبالي بيد مَن كانت الأمة منهما؟ إلاّ أن يحوزها الأقرب تاريخًا بالوطء والخدمة والادّعاء لها بحضرة الآخر، فذلك يقطع دعواه. وقد مرّ هذا الفرع في الورقة السادسة ومائة من الجزء الرابع.

واعرف جواب اللخمي في الورقة السابعة عشرة من ترجمة المديان من البرزلي أن تقدم الملك واليد مقدم إلاّ بتقدم اليد عليه قبل من شهد له بالملك فهو يقتضي ردّه للحوز السابق فانظره. وفيه حوز على امرأة وهي عالمة بالملك ولا تنكر ولا عذر لها يمنعها من القيام والإنكار يقطع قيامها، وهذا لا ينقض ما مرَّ من كلام ابن الحاج ورواية ابن عاصم لأن الفرض هنا قيام بيّنة أن لا عذر، ألا ترى إلى قول ابن الحاج في ما سبق فهي أبدا محمولة على عدم العلم حتى يثبت؟ وهناك حُملتْ على العذر للتّبتُّل وخصوصا على ما في الرواية.

واعرف ما في آخر ورقة من دعاوى البرزلي عن أحكام ابن الحاج عن جواب أصبغ بن محمد أنه يُقْضَى ببينة وُرّخَت بمحرم سنة سبع وتسعين وأربعمائة [497 هـ / أكتوبر 1103 م] لا ببينة وُرّخَتْ بقبل سنة ست وتسعين وأربعمائة [496 هـ / 1102 م] وذيَّل عليه البرزلي تذييلا غير بَيّن، والأوْلى التعليل بإجمال القَبْلِية هل هي صادقة على ما فوق السبعة أو على ما تحتها وفوق الستة. واعرف جواب ابن البراء في الورقة السابعة عشرة من الدعاوى، وجواب الشيخ أبي محمد في

الورقة الخامسة والعشرين منها فإنهما غير جاريتين على ما مرَّ من فتوى القاضي ابن رشد التي اعتمدتُها في صدر جوابي عن هذه النازلة.

الحمد لله، سألني أحمد بن علي العبَّادي الطائي من سوسة على يد خاله الفقيه علي الزَّاوي في أواخر شعبان عام واحد وألف [1001 هـ / أواخر ماي 1593 م] عن نسخة رسمين اثنين. نص الأول منهما بعد افتتاحه: يقول مَن يشْهَد بعْدُ: كنتُ في متقدم التاريخ لمدة تزيد على عشرين عاما فارطة عن التاريخ حضرتُ موطنًا ببلد سوسة بين الأخوين للأب علي وسعيد ولدي بلفضل العبّادي الطائي ابتاع في الموطن المذكور سعيد المذكور من أخيه علي المذكور جميع الربع في الثلث الشائع في الأملاك المخلَّفة عن أبيه المذكور وذلك بداخل سوسة وخارجها، جميع سهامه من الجنة المشجَّرة بالزيتون الكائنة بالغدير الحضريّة، يحدّها كذا وكذا مع ما له في جنان بو درَّاعة يحدّه كذا وكذا، مع ما له في جنان ابن عبد الله الكائن بأبي حسينة يحدّه كذا وكذا، مع ما له في المطيرة الكائنة بأبي حسينة يحُدّها كذا وكذا، مع ما له [85 أ] في الدويرة الكائنة داخل سوسة يحدّها كذا وكذا. ابتياعا صحيحا جائزا ناجزا منعقدا منبرما عَرِيًّا عن وجوه المفاسد كلها سالما من الشروط لقبضه العوض عن ذلك ثمانية عشر دينارًا حيدرية حالية، تبايَعَا وتقابَضَا ثمنًا ومثمونًا بعد معرفتهما بذلك ومنتهى خطره المعرفة التامة النافية للجهالة. فمن حضر الموطن المذكور بينهما وسمع منهما ما نُسِب عنهما فيه من البيع والابتياع والقبض والبراءة بعده قيَّد بذلك شهادته هنا مسؤولة منهم بتاريخ تقدَّم كما ذكر وتأخّر الكتب لأواسط ربيع الأول عام واحد وألف [1001 هـ / أواسط ديسمبر 1592 م] الشريف محمد ابن الشريف أحمد بو حَوَّال السوسي. وعلى اسمه بقلم القاضي علي بن خضر قاضيهم علامة الأداء مثالها « شهد » ويليه رسم

العمل بشهادة عدلين من عدول سوسة مرفوع على خَطّهما لدى قاضي تونس، وبطُرَّته طابع القاضيين، وبأسفل ذلك ما نصُّه: وممّنْ يشهد بما تضمنه الرسم سواء، محمد بن عبد الله بشير.

ونص الثاني منهما: الحمد لله، يقول مَن يشهد بعْدُ: كان تقدم مني إشهاد في متقدم التاريخ لمدة تزيد على خمسة عشر عاما فارطة عن التاريخ هو أن حضرتُ موطنًا بسوسة بين سعيد بن بلفضل العبَّادي وبين أخيه للأب علي، باع فيه علي المذكور لسعيد المذكور جميع الربع في الثلث شائعا في الأملاك المخلَّفة عن أبيه خارج البلد المذكور وداخله حسبما هو مفسّر في غير هذا في أماكن معلومة محدودة مؤرخ بعام التاريخ. فظهر لي الآن أني لا أتحقق الثمن والمثمن لطول المدة واختلاط فكري. وشهدتُ بذلك هنا بتاريخ جمادى الثانية من عام واحد وألف [1001 هـ / مارس 1593 م] محمد بن عبد الله بشير مُؤدّى على شهادته بسوسة.

وتحته سؤال بعد افتتاحه: جوابكم بعد تأملكم من النسختين المذكورتين أعلاه وتاريخ الرسم الأول أواسط ربيع الأول عام واحد وألف [1001 هـ / أواسط ديسمبر 1592 م] وذكر شهيداه أن التبايع كان في موطن لمدة تزيد على عشرين عاما. ثم لما رجع الفقيه محمد بشير عن شهادته قال في رجوعه: ظهر لي الآن أني لا أتحقق الثمن والمثمن لطول المدة واختلاط فكري وورّخ الرجوع بأواخر جمادى الثانية عام واحد وألف [1001 هـ / أوائل أفريل 1593 م] فتبين أن وضعه لشهادته في أصل النسخة هو فيه على غير يقين للعلة التي ذكر وهي الطول والاختلاط.

وأما الشريف محمد بو حوّال فإنه يتعاطى الإخبار بالمغيب بالفال في ما يكون للشخص مِن خير ومن شر يخبره بذلك ويأخذ الأجر على

ذلك، وقامت بينة فيه بذلك. فهل تبطل شهادته بذلك وتبطل شهادة الفقيه محمد بشير لما ذكر من الرجوع؟ أو لا تبطل شهادتهما بما ذكر؟ والسلام.

فأجبتُ بما نصّه بعد افتتاحه: تأملتُ النسختين المسطورتين أعلاه ووقَفْتُ على ما ضمن في السؤال. وإذا كان الأمر كما ذكر فقول الفقيه محمد بشير في أصل النسخة الثانية: ظهر لي الآن أني لا أتحقق الثمن والمثمون [85 ب] لطول المدّة واختلاط فكري، يوجب سقوط شهادته في التبايع المنسوخ أولاً، لأنه رجوع عن ركن من أركان الشهادة وهو قدر الثمن والمثمون بين المتبائعين. وأما دعوى معرفة الغيب بالفال مما يَحْدث للشخص مِن خير أو شرّ فهو حرامٌ، وأخذ الأجر عليه من أخذ المال على الباطل فهو حرام أيضا. فكل واحد منهما كافٍ في بطلان الشهادة فأحْرى مَجْموعهما. والفال إما مُباح كالكلمة الطيبة يسمعها أحدكم، وإما حرام وهو ما سواه كالأعْوادِ التي يكتب فيها الجاهلية: افعلْ، لا تفعلْ، فإن خرج له الأولان امتثلهما وإن خرج الثالث أعاد الضّرْب. وعلى هذا فشهادة الشاهديْن المذكوريْن باطلة الأولى بالرجوع والثانية بالقدْح المذكور. والله تعالى أعلم، وبه التوفيق.

تذييل، مسألة الرجوع المذكورة تضمنتْ نقصًا من الشهادة بعد كتبها، اعرفها في الورقة الموفاة أربعين من البرزلي عن ابن حَدير، وفي حاشية عليه بخط الشيخ أبي النور الأربسي: إن كَتْبَها كأدائها فلا يقبل منه الزيادة والنقص المناقض لما كُتِب. وأما لو كان النقصان المذكور بعد أدائها لكان قبوله شرطه التبريز لأنها من مسائل التبريز، حسبما هو في المختصر والشامل.

قولنا: لأنه رجوع عن ركن من أركان الشهادة وهو قدر الثَّمَن والمثْمون فيه تَسَامُح لأنهما ركنان أحدهما الثمن والآخر المثمون لا

ركنٌ واحدٌ. ولا يُتوهّم هنا دخول الاستنزال إلى أقلّ ما يتيقّن الشاهد لأن الاستنزال إنما هو حيث يكون الشك وها هنا قال: لا أتحقّق الثمن، معناه لا أتحقّق ذكره. ولو سُلّم دخول الاستنزال ويكون قوله: لا أتحقق الثمن أي لا أتحقق قدْره فلا يتمشّى الاستنزال في المثمون، لأن الاستنزال خاص بالعدد المتماثل وهي الدنانير والدراهم حسبما صرح به الشيخ المغربي في سادسة الحدود في الزنا من كبيره وابن ناجي في ثامنته وفي آخر ورقة من شهاداته، واعرف الثامنة والخمسين من الجزء الرابع والورقة الثانية والستين منه. فإذا كان عدم التحقق معناه النسيان كان نسيان المثمون لا يدخله الاستنزال فيكون من باب نسيان بعض الشهادة فتبطل كلها إجماعا، اعرفه في السابعة والسبعين من أقضية البرزلي وفي خاتمة الباب الخامس والأربعين من التبصرة وهذا بخلاف ما إذا كانت الشهادة ذات فصول فكل فصل شهادة مستقلة، فنسيان بعضٍ من أحَدِ فصولها لا يُبطل جميع الفصول -أي الشهادات- وإنما يبطلُ الفصل الذي تعلّق النسيان ببعضه. اعرف هذا البحث في تذييل في الورقة السادسة والخمسين من الجزء الرابع. والفال المباح والحرام ففي القاعدة الثامنة عشرة من قواعد الجامع من ترتيب القواعد والفروق وفي المسائل النوادر للشيخ الجد -رحمه الله تعالى-.

الحمد لله، سألني عبد الرحمان الدكمي في أواخر شعبان عام واحد وألف [1001 هـ / أواخر ماي 1593 م] عن مسألة رجل [86 أ] بينه وبين زوجته مُشاررةٌ فسكنتْ بين جيّدَيْن بالحكم الشرعي فأراد زوجها أن يبيت عندها فمنعته أشدّ المنع فأمسك نفسه وليس له زوجة غيرها وله منها ولدان الكبير منهما عُمره ما يقرب من اثنيْ عشر عاما والآخر ما يقرب من ثمانية وبينهما وبينها النفور الكلي تُنْكرُهما ويُنْكرانِها ولا يركنان

إلاّ لوالدهما ولا يأكلان إلا عنده، وفرض لها المفْرِضُ[1] فريضتها في خاصة نفسها بالحكم الشرعي. ثم طلب وكيلها فريضة ولديْها وتختص بهما عندها في الأكل والشرب والمبيت والمأوى، وخالفها أبوهما في ذلك، فهل القول قول وكيلها أو قول الأب؟ جوابكم، والسلام.

فأجبتُ بما نصه بعد افتتاحه: إذا كان الأمر كما ذكر فما طلبه وكيل الأم من اختصاصها بالولدين عندها وتأخذ فريضتهما لذلك غير مسموعة شرعًا لأنها قبل الطلاق لا تستقلّ بالمحضونيْن بل هي ووالدهما سواء لأن مستحق الحضانة أبو الولد وأمه وهما زوجان، ولم يذكر الشيوخ في ذلك خلافا كأنه المذهب بخلاف الحال في ما بعد الطلاق أو بعد موت الأب. وإذا كانت لا تستقلّ بهما وأن الاستحقاق مشترك بينها وبين أبيهما كان القول قول الأب حيث خالَفَها في اختصاصها بهما عندها. وعليه أيضا لا يفتقر في منع أمّهما من الاختصاص بهما إلى ثبوت المناكرة والنفور بينها وبين الولديْن لأن المانع لها من الاختصاص هو بقاء عصمة الأب عليها لا أنه المناكرة والنفور. والله تعالى أعلم، وبه التوفيق.

تذييل، حاصل الجواب منع الأم مِن اختصاصها بالولديْن عندها وبأخذ فريضتهما من أبيهما، وأنّ طلبها لهذين المطلبين غير مسموع شرعًا. وعلّلتُ هذا الحكم بأن الأم قبل طلاقها -كما هو حال النازلة- لا تستقلّ بحضانة المحضون ولا تنفرد بها لأن الحضانة للأبويْن معًا إذا كانا زوجين بخلاف الحال بعد طلاق الأم أو بعد موت الأب فإن الحضانة حينئذ تختص بالأم ما لم يمنعْها منها مانعُ تزويج بأجنبي أو غير ذلك من الموانع، على ما هو مقرّر من الموانع في باب الحضانة من

1) يبدو أنها تسمية للموظف الذي يكلّفه القاضي بتحديد القيمة التي تُفرَض على طرَفَيْ القضية .

الأمهات. ولم نذكر في الجواب لهذا الحكم سنَدًا ودليلاً من النقل لأن ذكر الدليل والنص بالحكم يؤدّي إلى الطول المملّ. في آخر باب العدة من الرسالة. ما نصّه: والحضانة للأم بعد الطلاق. الشيخ القلشاني: قوله بعد الطلاق يعني أنها قبل الطلاق لا تستقل بالمحضون بل هي ووالده سواء. قال الشيخ ابن عرفة -رحمه الله تعالى-: مستحقّ الحضانة أبو الولد وأمه وهما زوجان ، وفي افتراقهما أصنافٌ أربعة، وساقها. ثم قال القلشاني: تنبيهات، فقال في آخر الخامس منها ما نصّه: قوله بعد الطلاق أي وبعد وفاة الأب، انتهى من القلشانية. ومثله في كتاب رعاية الأمانة، في أحكام الحضانة للشيخ الجد -رحمه الله تعالى-. قلت: قول الشيخ ابن عرفة افتراقهما عبّر بالافتراق وأضافه ليفيد [86 ب] عمومه في افتراق بطلاق أو موت الأب كما مرّ.

وقولي: ولم يذكر الشيوخ في ذلك خلافا كأنه المذهب. المراد بالشيوخ ابن أبى زيد في ظاهر قوله بعد الطلاق. والشيخ ابن عرفة والشيخ القلشاني ورعاية الأمانة وغيرهم، وعادة المؤلفين يقولون: اقتصر عليه فلان كأنه المذهب ونقله فلان غير مَعْزُو كأنه المذهب، والإشارة بذلك عائدة إلى عدم استقلال الأم بالحضانة واستحقاق الأبويْن لها على الاشتراك مدّة بقاء العصمة بينهما كما هو حال النازلة. قلت: وقد أخذتُ الحكم المذكور مِن المدونة حيت قال: والأم أحقّ بحضانة الولد في الوفاة والطلاق حتى سبقوا ما وصفْنَا. فقوله في الوفاة والطلاق مفهومه أن غير الوفاة والطلاق وهو حالة بقاء العصمة لا تكون هي أحقّ، وهو مفهوم بَيِّنٌ لكن مقتضاه الأعمّ من كون الأب وحده أحقّ أوْ هما معًا فاعرف ذلك. ثم فرَّعتُ على الحكم المذكور وهو عدم سماع ما طلبتْه الأم من الاختصاص بالحضانة والإنفاق واشتراك الأبوين في الحضانة فرعيْن: الفرع الأول أن القول قول الأب حيث خالف الأم في اختصاصها

المذكور وأشرْتُ إلى هذا الفرع بقولي: وإذا كانت لا تستقلّ بهما وأن الاستحقاق مشترك بينها وبين أبيهما كان القول قول الأب حيث خالفها في اختصاصها بهما عندها.

والفرع الثاني هو عدم افتقار الأب في منع الأم من الاختصاص بالولدين إلى ثبوت المناكرة والنفور المذكوريْن في السؤال. وأشرت إلى هذا الفرع بقوله: وعليه أيضا فلا يفتقر في منع أمّهما من الاختصاص بهما إلى ثبوت المناكرة والنفور بينها وبين الولدين. وضمير عليه عائد على مصدر مفهوم من «لا تستقلّ» ومن الاستحقاق مشترك. وتقدير الكلام مع هذا المصدر وعلى عدم استقلالها بهما واشتراك الاستحقاق بينها وبين أبيهما فلا يفتقر. وفاعل يفتقر عائد على الأب ويصحّ ضبطه بالبناء للنائب أي لا يفتقر مفتقرٌ من أبٍ أو حاكم أو ناظر في النازلة. وعلّلتُ عدم الافتقار المذكور بأن مانعَ الأم منَ الاختصاص هو بقاء عصمة الأب عليها لا أن المانع لها من الاختصاص المناكرة والنفور. وهذا التعليل جلي موقعه مما سبق تقريره. ولما رأى الفقيه المقوزي النائب في الأحكام الآن ونظراؤه كلام المختصر والشامل وغيرهما في باب الحضانة في الترتيب بين مستحقيها وبدؤوا بالأم ثم أمها ثم تكلّموا على بقية المستحقين من الإناث ثم من الذكور ثم من القبيليْن إلى آخر ما نَصُّوا عليه هنالك. ولم ينصُّوا على فرع ما إذا كان الأبوان زوجين توهّموا من ذلك أن اختصاص الأم بالحضانة عام في المطلقّة وفي ذات العصمة ولم يتبصّروا ممّا ذكروا في الباب مما يؤذن بأنّ كلامهم في الأم المطلقة. ومَن له بَصِيرة نيّرة بنور التوفيق فَهمَه في كلامهم. إذ ليس الأمر كما توهّموا بل اختصاص الأم عن الأب خاص بالمطلقة أو بالمتوفّى عنها، ودليله ما مَرَّ من النقول. فقد ركبوا بتوهُّمِهم محظورا عظيمًا بحمْل كلام العلماء في الأحكام الشرعية [87 أ] التوقيفية على

غير محمله ولم يذيلوه وإنما أَوَّلُوه على غير تأويله. لا يقال: إن الأب يأوي إلى زوجته أم الولدين ويَبيتُ عندها فالأبوان يجتمعان والحضانة لهما على ما أصّلْتُ فيلزم أن نضمّ فريضتهما إلى فريضتها وأن يأويا إليهما ويبيتان عندهما لأنا نقول: الزوج المذكور لم يَأْوِ إلى الزوجة المذكورة ولم يبتْ عندها لردها إياه مع ولديْه ولا ضرر عليها بالخوف من مُحارب أو سارق لحصول أنْسِها بالجيّديْن ولأنه له دار وله فيها متاع وأسبابٌ وطعام ومهْنة، فهو يبيت بداره خوفًا على ما فيها من السارق. وقد طلب وكيل الزوجة عند الحاكم المذكور فريضتها في خاصة نفسها بالمفرض فإذن له في ذلك وفرض لها المفرض للنفقات بالمدينة نفقتها في خاصة نفسها بالإذن المذكور. فلو كان الزوج يأوي إليها ويبيت عندها لكانت أولادها تبعًا لهما ولم يبق للفريضة لها في خاصة نفسها وجْهٌ ولا سبب. فلما أن طلبت الفريضة لها بخصوصيتها كان ذلك إذْعَانًا. والله تعالى أعلم.

وقد تكلّمتُ مع الفقيه المقوزي في المسألة في عشية يوم السبت خامس رمضان من العام فقال: لا يكون الولدان في هذه النازلة إلاّ عند أمهما ولا يأكلان إلاّ عندها بدليل ما قاله العلماء في باب الحضانة أنّ الأب إذا قال يأكل ولدي عندي ويبيت عند أمه قالوا: ليس للأب ذلك. قلت له: كلامهم ذلك في حاضنة مختصّة بالحضانة عن الأب كالأم المطلقة والخالة. وأما النازلة فالحضانة فيها مشتركة بين أبويْن لبقاء الأم في العصمة وهو متفق عليه، وإذا أعملْنا ما قلت فقد خالفنا حكم الاشتراك والاتفاق. فقال: لا نسلم الاشتراك المذكور، ولئن سلّمناه فقد قال العلماء في باب الحضانة: إن الأم أشدّ حنانًا وشفقة بالمحضون من سائر المستحقين بعدها. وهذا التعليل يوجِبُ أن يكون الولدان عندها ويأكلان عندها في النازلة.

قلت له: كلامهم هذا في الأم المطلّقة الخارجة عن عصمة الأب حيث يكون النظر بينها وبين سائر المستحقّين في الاختصاص بالمحضون، وذلك إنما يُتعَقّل في المطلقة بدليل تصريحهم بالاشتراك بين الأبويْن عند بقاء عصمته، وطَرْدُ علّتك في ذات العصمة ينافيه الاتفاق على الاشتراك. فقال: تُلحق بالأم المطلقة الأم الباقية العصمة في النازلة بجامع العلّة المذكورة.

قلت له: هذا قياسٌ في معرض النص فهو فاسد الاعتبار حسبما هو مذكور في محله. وبيان كونه في معرض النصّ وجود النص الصريح بالاشتراك بين الأبويْن في استحقاقها. فقال: قد جرى العمل بتونس بأن الولد يكون عند أمه وفي حضانتها. قلت له: هذا العمل في حق الأم الخارجة عن العصمة حسبما شاهدناه كذلك ولو سُلّم ما ذكرتَ أنه في حق ذات العصمة يكون عملا جرى بلا مستند، والقاعدة أنّ «العمل إذا لم يستند إلى قول قائل فلا يُعَوّل عليه» وكلام العلماء أن الحضانة للأبوين إذا كانا زوجين ظاهرهً الاتفاق إذ لم يَحْكِ الحفاظ كالشيخ ابن عرفة والشيخ القلشاني [87 ب] فيه خلافا. فوقف عند هذا عن المراجعة ولم يبق له تصحيح إلاّ على التحامل الذي حُمِل عليه ومفهوم حاله أنه لمَّا أن تفوه في مجلس حكمه بذلك كَبُر عليه الرجوع إلى الحق بترك ما لَهَجَ به.

الحمد لله، سألني عبد الرحمن الدكمي[1] في أواخر شعبان عام واحد وألف [1001 هـ / أواخر ماي 1593 م] عن مسألة امرأة سكنتْ بدار جيدين لشرورة بينها وبين زوجها فطلب وكيلها فريضة وسطاً لا فريضة مليّ ولا فريضة فقير، وقال الزوج: لا يلزمني فريضة وسط حتى يثبت ذلك عليّ بالبيّنة. فهل يلزمه فريضة وسط لدعوى وكيل الزوجة أنه وسط؟ أو لا يلزمه نفقة وسط إلاّ إذا ثبت عليه ببينة أنه وسط؟ والسلام.

1) إعادة لنفس المسألة السابقة بأسلوب مغاير .

فأجبت بما نصه بعد افتتاحه: إذا كان الأمر كما ذكر فقيل: الأصل الملاء وقيل: الأصل الفقر فهما قولان لأهل المذهب ولم يقلْ أحد في الوسط إنه الأصل. ثم نقول: إذا كان المدعي هو مَن كان قوله على خلاف أصل والمدعى عليه هو مَن كان قوله على وفق أصل فقد تعيَّن أنّ وكيل الزوجة مدّعٍ لأن قوله على خلاف الأصل على كل قول من القولين المذكوريْن. وإذا كان مدعيا كانت البينة عليه لأن البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه، والبينة ممكنة في هذا المعنى لأنه مما يُعلم في العادة ولا يخفي. فإذا أقام الوكيل بينة على الزوج أنه من الوسط في الناس وأسقط الإعذار فيها لزمه فريضة وسط وإلاّ فلا. والله تعالى أعلم، وبه التوفيق.

تذييل، حاصل المقصود من الجواب أن وكيل الزوجة مدّع حيث قال إن الزوج من الوسط، وإذا كان مدّعيا كانت البينة عليه ليثبت له ما قال. وبنيتُ هذا المقصود من الجواب على طرفيْن اثنيْن صدّرتُ بهما في الجواب قبل ذكر المقصود المذكور، وكون الطرفين سندًا لحكم الحاصل من الجواب وأصله الذي بُني الحكم عليه ناسَبَ تصدير الجواب بهما قبل التصريح بالحكم.

أما الطرف الأول فتقريره أنه اختلف في الأصل الذي يحمل عليه الناس فقيل: أصل الناس الملاء حتى يثبت الفقر، وقيل: أصل الناس الفقر حتى يثبت الملاء. فهما قولان لأهل المذهب ذكرهما في ترجمة بيع السلطان على غائب عقاره في دين في الورقة الرابعة والخمسين من الطرر ونقله عنها البرزلي في سادسة مديانه. وقولي: ولم يقل أحد في الوسط إنه الأصل أي أصل الناس وإنما نفيت القول به وبحثتُ عنه فلم أجده. والقاعدة أنه « يكفي المستدلّ أن يقول بَحثتُ فلم أجِدْ ». والقاعدة أيضا أنه « لا يطالب النافي بالدليل » فمن وجد قولا منصوصا

به صِيرَ إلى الترجيح بين الأقوال بالأصول الثلاثة. فما ترجّح القول بأصالته كان القول قول مدّعيه وكان مدعيه مدّعًى عليه لمصاحبته الأصل وكانت البينة على مقابله حسبما يأتي الآن في تقرير الطرف الثاني.

وأما الآن حيث لم نجد إلاّ القوليْن المذكوريْن في الأصل فإنه تعيّن أنّ القائل بأن هذا الزوج في النازلة يؤدي فريضةً وسطاً مدّع لأن قوله على خلاف كل أصل من الأصليين المذكوريْن على القول بأصليته ولم يكن قوله على وفق أصل منهما [88 أ] بل على خلافهما. ومن يقول إنه يؤدي فريضة مَليّ صحبه أصل، ومن يقول إنه يؤدي فريضة فقير صحِبَه أصلٌ على الخلاف المذكور في أيّهما هو الأصل، فيكون على هذا البينة على مَن يخالف أصلاً مِن هذيْن الأصليْن.

وأما الطرف الثاني فأشرتُ إليه بقولي إذا كان المدّعي هو مَن كان قوله على خلاف أصل والمدَّعى عليه مَن كان قوله على وفق أصل، أشرتُ بهذا الكلام إلى ما نقله القاضي البرهان -رحمه الله تعالى- في الورقة الثامنة والأربعين من تبصرته عن الشيخ شهاب الدين -رحمه الله تعالى- وهو الفرق بين المدّعي والمدّعى عليه أن المدّعي من كان قوله على خلاف أصل أو عرف والمدعى عليه من كان قوله على وفق أصل أو عرف، انتهى. وهذا واضح وهو روح علم القضاء. قال القاضي البرهان -رحمه الله تعالى- حيث ذكر: علمُ القضاء يدور على معرفة المدعي من المدعى عليه. فمثال الأصل موافقة ومخالفةً إذا طلَبَ رجل آخر بمال له بذمته مِن وجهٍ ما وأنْكره، فالمطلوب المنكر مدّعى عليه لأن قوله على وفق أصل لأن الأصل براءة الذمة والطالب مدَّع لأن قوله على خلاف هذا الأصل حيث ادعي عمارة الذمة التي الأصل براءتُها فعليه البينة بعمارتها، فإن لم يُقِم البينة حلف المنكر وبرئ.

ومثال العرف موافقةً ومخالفةً متاعُ البيت الذي اختلف الزوجان فيه، فما شهد العرف أنه من عوارف الرجال كان الزوج فيه مدَّعى عليه لأن قوله فيه على وفق عرفٍ وهو العرف المذكور وكانت الزوجة فيه مدعية لأن قولها فيه على خلاف ذلك الأصل فعليها البينة بملكيته أو اعتراف الزوج لها به. فإن لم تقم البينة حلف الزوج مع شاهد العرف واستحقه، لأن العرف كشاهدٍ واحدٍ فقط على المشهور وينعكس وصْفهما في ما يشهد العرف أنه من عوارف النساء. وإلى ذلك أشار الشيخ ابن عرفة -رحمه الله تعالى- في الورقة التاسعة والأربعين من شهاداته بقوله: المدّعي مَن عَرِيتْ دعواه عن مرجّح غير شهادة. والمدعى عليه مَن اقترنت دعواه به، انتهى.

قوله: «غير» مجرورٌ صفةٌ لمرجّح يعني لا يرجّح دعوى المدّعي إلاّ الشهادة، وضمير به عائد على المرجّح غير الشهادة كالأصل أو العرف في ما مرّ، فاعرفْ ذلك. فقد نتج من هذين الطرفين مقصود الجواب وهو قولي: فقد تعين أنّ وكيل الزوجة الذي قال إن الزوج من الوسط مدّع لما قررتُه في الطرف الأول. وإذا كان مدّعيا كانت البينة عليه ليثبتَ له مَا قال من الوسط لما قرّرتُه في الطرف الثاني، والطرفان أصّلْتهما أصلاً لمقصود الجواب المذكور.

وقولي: وإذا كان مدعيا كانت البينة عليه لأن البينة على المدَّعِي واليمين على المدَّعَى عليه، سقْتُ هذه الجملة مساق الدليل على المقصود من الجواب وهو توجيه البينة على وكيل الزوجة القائل بأن الزوج وسطٌ، وأشرتُ إلى لفظ الحديث الشريف وهو قوله -صلى الله عليه وسلم تسليما- (البينة على مَن ادعى واليمين على مَن أنكر). قال القاضي البرهان -رحمه الله تعالى- في: [89 ب] كأنه المذهب. قال في نهاية التحصيل: وبه العمل عندنا بإفريقية، انتهى. فهذه مُسقطات

ثلاثة كل واحد منها كافٍ في السقوط وأحْرى مجموعها. وزاد في المختصر حضور الشفيع للعقد وسكوته شهريْن مسقطٌ لشفعته، لكن تركتُ التمسك به في النازلة لمخالفته لظاهر المدونة عند الشيخ ابن عرفة وصاحب التوضيح، وإن كان الشيخ المغربي قد قال: يحتمل الوفاق لها والخلاف. وحاصل الجواب لا شفعة للقائمة المذكورة أصلا. والله تعالى أعلم، وبه التوفيق.

تذييل، نقل ابن فتوح: هو مُضِيّ سنة وأكثر من شهرين لكن لمَّا أن كانت الثلاث أقل مراتب الأكثرية فوق الشهريْن أَنَطْتُ الحكم بها في ما فوقها يكون أحْرَويًا. ونهاية التحصيل هو كبير الشيخ ابن ناجي ذكر ذلك في سادسة شفعته. وهو الناقل لكلام ابن فتوح ومخالفة ظاهر المدونة لزيادة المختصر أشار إليها ابن ناجي هنالك وعَزَا القولَ بحمل ذلك على مخالفة ظاهر المدونة لخليل وشيخه ابن عرفة على عادته في ما إذا قال: بعض شيوخنا، وأردف ذلك بقول المغربي الذي ذكرتُه في الجواب. وما عزاه لشيخه ابن عرفة من حمله على مخالفة ظاهرها وقع في سادسة شفعة ابن عرفة. وقول المدونة المخالف ظاهره لما زاد في المختصر هو قولها: لم يرَ مالك السنة مما تنقطع بها الشفعة، فظاهره ولو حضر عقد البيع، فاعرف كلام الشيخ بهرام في وسطه في تنزيله كلام المدونة على كلام المختصر فيه جزازة فانظره فيه، ولعله من ناسخه. وإنما سَمّيتُ المسقطات ثلاثة قبل ما زاد في المختصر مع أنها اثنان في الحقيقة وهما الهدم والبناء ومضيّ سنة وما زد على شهرين لأجل مراعاة حال الهالكة وأمها الوارثة. فالهدم والبناء وقع على الهالكة وعلى أمها الوارثة ومضي المدة وقعت على الأم الوارثة دون ابنتها الهالكة، فاعرف ذلك.

وقولي: في هذه النازلة قَيّدتُ به خوفًا من أخرى تُورِدُ نقضًا مع تخالف ألفاظ بينها وبين هذه، حسبما نَبّهتُ على هذا مرارًا في غير هذا.

اعرف الورقة الحادية عشرة من الجزء السادس، والورقة الرابعة عشرة ومائة من هذا الجزء مرّتْ. وتقييدي بالمذكورة في السؤال لتُفيد قيده بقول السائل: ولم يمنعها من ذلك مانع. ومثله قولي بعد هذا: والأم ساكتة على الوجه المذكور في السؤال، أشرتُ به إلى البناء على قول السائل في السؤال ولم يمنعْها أيضًا من ذلك مانع، فاحْترزتُ بالقيديْن في الموضعيْن مما إذا كان لها مانعُ عدم القدرة بوجود مَن تخشاه فإن سكوتها أو سكوت مورّثتها مع الخشْية المذكورة غير حجة عليهما في قطع شفعتهما. والله تعالى أعلم، وبه التوفيق.

الحمد لله سألني الشاب محمد الشريف الحسني وهو الآن طبيبي في يوم الأحد تاسع عشر شعبان عام واحد وألف [1001 هـ / 22 ماي 1593 م] عن مسألة رجل له زوجته معلمة تعلم الطفَيْلات صناعة الطرْز مدة تقرب من ثمانية أعوام وهي في عصمة الزوج المذكور [90 أ] فوقع بين الزوج المذكور وزوجته المذكورة مشاجرة على شأن الغيرة. وكان الزوج المذكور مريضًا فقال لها: أنت تشتدّين[1] عليّ بهؤلاء الطفيلات. الطلاق يلزمه ثلاثا ما بقيتْ طفلة منْهن تدخل له دَارًا إلاّ أنْ نُغْلب بالموجب الشرعي. والحالة أن الدار المذكورة التي هو ساكنها بالزوجة المذكورة دارُ والدتِه وأختِه وكلاهما موجودتان، وليس للزوج المذكور فيها حقّ ولا شركة بوجْهٍ من الوجوه. فهل إذا دخل الطفيلات للدار المذكورة على عادتهن[2] للتعليم يقع على الزوج المذكور حنث في يمينه المذكورة والحالة ما ذكر أم لا؟ والسلام.

فأجبتُ بما نصّه بعد افتتاحه: إذا كان الأمر كما ذكر وكان الاستثناء منطوقا به متّصلا مقصودًا وكان تعاطي الزوجة صناعة التعليم مع سكوت

1) بالأصل: تشتدي، وهو خطأ أصلحناه.
2) بالأصل: عادتهم، وهو خطأ أصلحناه.

الزوج عنها ولم يغيّره صار ذلك حقًّا لها بسكوته، لما نص عليه الشيخ المغربي وأخذه من المدونة أنّ السكوت إذْنٌ. وقال الإمام المازري -رحمه الله تعالى- مذهب ابن القاسم أنّ السكوت عَلَمٌ على إسقاط الساكت حقه، انتهى. وإذًا سكوت الزوج عن تعليمها إذنٌ منه لها فيه وإسقاطٌ منه لحقّه في منْعِها منه صار التعليم حقًّا لها مَلَكتْه بذلك الإذن والإسقاط وصار الزوج الحالف مغلوبا بالموجب الشرعي وارتفع عنه الحنث بسبب الاستثناء. فلا يحنث باستصحاب دخول البنات للدار للتعليم على العادة لأن الاستثناء رافع للحنث. لكن بقي في المسألة أن يقال: قول الحالف بالموجب الشرعي إن نوى به الموجب الشرعي كيف كان فالحكم ما ذكرتُه، وإن نوى به معرفة الموجب الشرعي على يدي القاضي فيرفع أمره إليه حتى يبيح له الاستصحاب وعدم الحنث عملا بما ذكرتُه وكذا إن لم تكن له بيّنة أصلاً فلا بدّ من القاضي. والله تعالى أعلم، وبه التوفيق.

تذييل، ظاهر السؤال يقتضي أن السؤال منطوق به ومتصل ومقصود، لكن إنما صرّحْتُ باشتراطه احترازًا مِن تصنّع السائل وتحيّله، واعرف بحث «السكوتُ رِضَى وإسقاط بحق الساكت» في الورقة السابعة من تذكير الغافل وتعليم الجاهل، وفي ملحقة عليها، وفي الورقة الثامنة والثلاثين ومائة من الجزء الخامس مرَّ وفي الورقة الرابعة والأربعين ومائة منه. وفي أول التفليس من المدوّنة. قال ابن القاسم: ومن كان من غرماء الحي حاضرًا عالما بتفليسه فلم يقم مع مَن قام فلا رجوع له على الغرماء، وذلك رضى ببقاء دينه في ذمة الغريم كعلمهم بعتقه وسكوتهم عنه فلا يردّ لهم العتق إن قاموا بعد ذلك. ابن ناجي في ثالثة تفليس كبيره ما نصّه: قال المغربي: يقوم منها أن السكوت إذن، انتهى. وقد وَجدتُ حاشية في باب الضمان من السائل عند قوله وللزوج ردّه

من زوجته ولو اشترطت عدم الغرم. ونصّ ما في الحاشية: أجاب ابن عرفة في مَن وهبَتْ أو تصَدّقتْ بأكثر من ثلثها فقبضه المُعْطى له - والزوج عالم- ثم أراد أن يقوم عليه وأراد أن يرد فعل زوجته، ولم ينكر الزوج. فأجاب: [90 ب] إن لم يقم في الفور فلا مقال له، وأخذها من الكتاب إذا فلس الغرماء الذي عليه الدين. انتهى موضع الحاجة من الحاشية المذكورة. واعرف ما مرّ في الورقة السادسة والخمسين، وما مرّ في الورقة الثامنة والستين من هذا الجزء.

والكلام في نيته لقوله بالموجب الشرعي إلى آخر الجواب كله في الورقة السادسة عشرة من طلاق البرزلي عن المسائل المنسوبة للرمّاح ونصّه: من حلف أن لا يفعل كذا إلاّ بوجه شرعي يُسأل عن نيته فإن لم تكن له نية فالقاضي، انتهى. وكون الاستثناء رافعًا للحنث وللكفارة في اليمين بالله هو قول ابن القاسم، وقال ابن الماجشون: هو حلّ لليمين. هكذا في بحث الاستثناء من التوضيح نقل القولَيْن في الكفارة لكن الحنث بمنزلة الكفارة في اليمين بالله تعالى. وحاصله أن الاستثناء يرفع أثر اليمين الناشئ عنه من كفارة في يمين الكفارة وهو اليمين بالله تعالى ومن الحنث في غيره، فاعرف ذلك. والله تعالى أعلم، وبه التوفيق.

قلت: قول الشيخ البرزلي فإن لم تكن له نية فلا بدّ من القاضي، مفهومه وإن كانت له نية فلا يفتقر إلى القاضي لأن القاعدة أن المعنى الثابت للمفهوم هو نقيض حكم المنطوق به والنية تصدق بصورتين نية القاضي ونية عدمه. فأما صورة نية القاضي فهي من مفهوم الموافقة لأنه إذا افتقر إلى القاضي حيث لا نية بما دل عليه المنطوق فلأن يفتقر إليه حيث ينويه أحرى، وهذا جليّ. وأما صورة نية عدم القاضي وهي المشار إليها في جوابي إن نوى الموجب الشرعي كيف كان فهذه هي

الصورة الباقية من المفهوم لأنها خرجت بالمفهوم المذكور عن الافتقار إلى القاضي، لقول الشيخ البرزلي: فإن لم تكن له نية فلا بد من القاضي، مفهومه وإن كانت له نية أي في عدمه فلا يفتقر إليه وقد حصل من كلامه الصُّوَرُ الثلاث التي أصّلتُ في جوابي واحدة بالمنطوق وأخرى بالأحروية من مفهوم الموافقة والثالثة من مفهوم المخالفة، فاعرف ذلك. والله تعالى أعلم، وبه التوفيق.

وقولي: لما نص عليه الشيخ المغربي وأخذه من المدونة أن السكوت إذنٌ اللام الداخلة على ما، لامُ العلة علّلتْ صيرورة التعليم حقا لها بسكوت الزوج بما نص عليه المغربي. فما موصولٌ اسميٌ، ونصَّ عليه المغربي بجملةٍ هي صلة ما، والضمير في عليه عائد الصلة، وجملة: وأخَذه من المدونة، معطوفةٌ على جملة نص، والمعطوف على الصلة، صلة وأنّ السكوت إذنٌ جملة من أنّ واسمها وخبرها في موضع المفعول لنصَّ وأخَذَ، أي نصَّ وأخذ أن السكوت إذْنٌ، أو يكون قولي: إن السكوت أذْنٌ بيان لما في قولي: لما نصَّ عليه، والتقدير: لما نص عليه من أن السكوت إذنٌ، وقد مرَّ ما للشيخ المغربي من النص والأخذ. ووقع في المدونة وإن حلف أن لا يأذن لزوجته في الخروج إلاّ في عيادة مريض. ثم قال: وإن خرجت إلى الحمام بغير إذنه لم يحنث إلاّ أن يتركها بعد علمه.

قال الشيخ الطرابلسي: قوله إلاّ أن يتركها بعد علمه، جعلَ السكوتَ هنا إذنًا، انتهى. وفي حضانة البرزلي عن فتوى ابن رشد: سكوتُ مستحقِّ الحضانة، وكذا في [91 أ] المختصر والشامل، فذلك كله من قاعدة « السكوت إذنٌ ورضًى» إلى غير ذلك في فروع القاعدة.

الحمد لله، سألَ عثمان الجبالي الساكن الآن في بنزرت في أواسط رمضان المعظم عام واحد ولف [1001 هـ / أواسط جوان 1593 م]

عن مسألة رجل له زوجة عندها أخراص فضة أعطتْها لرجل على وجه السلف من غير مَشُورة زوجها، فسمع الزوج بذلك فوقعتْ منازعة بينه وبينها في ذلك وقال لها: إن لم تجيئي بالخرصين فأنتِ مطلقة بالثلاث. ثم إن المرأة جاءت بالخرصين في الحين من عند الرجل بعينهما. فهل يلزم الرجل من هذه اليمين شيء أوْ لا؟ والسلام.

فأجاب عنه الحاج سالم النفاتي بما نصّه بعد افتتاحه: إذا كان الأمر كما ذُكر وأتت المرأة الزوجة المذكورة بالخرصيْن المذكوريْن فلا حِنْث على الزوج المذكور في يمينه. والله تعالى أعلم. وعطف عليه الفقيه عبد الملك الكَرْكوري بما نصه: الحمد لله، ما أجاب به الشيخ -حفظه الله تعالى- بمثله أجيب. والله تعالى أعلم. ثم سألني صاحبه المذكور العطف فيه فكتبتُ بطرّته ما نصّه: الحمد لله، الجواب المقيّد أمامه عن النازلة المذكورة في السؤال صحيحٌ فلا حنث على الزوج المذكور إذا أتتْ بالخُرصيْن على الوجه المذكور لأنها قد ارتفع حكمها بالشرط المذكور. والله تعالى أعلم، وبه التوفيق. تذييل، قولي: لأنها، أي اليمين، فالضمير عائد على اليمين، وقولي: بالشرط المذكور هو حذف مضاف أي بمفهوم الشرط المذكور. قال الشيخ ابن مالك في الخلاصة:

وما يلي المضافَ يأتي خَلَفًا عنه وفي الإعراب إذْ ما حُذِفا[1]

وحسُن حذف لفظ المفهوم المضاف وإقامة المضاف إليه مقامه فدخل عليه حرف الجرّ الذي كان داخلا في الأصل على المضاف كون لفظ الشرط وسيلة وطريقا إلى حصول مفهومه الذي ترتّب الحكم عليه من إقامة السبب مقام المسبب والوسيلة مقام المقصد، فاعرفْ ذلك

1) هو البيت التاسع في باب الإضافة من ألفية ابن مالك.

فهو لطيف. وقولي: إذا أتت بالخرصيْن على الوجه المذكور أي في السؤال احترازًا من تراخي إتيانها بهما وعدم فوريته، فإن المشهور في الحَلَف على فعل النفس أو على فعل الغير ولا قرينة لحمل اليمين في فعل الغير على الفور وفي فعل النفس على التراخي. نقله الطرابلسي في إيلاء حواشيه عن ابن رشد. اعرف الورقة التاسعة والسبعين مرَّتْ.

الحمد لله، سألني الحاج قاسم الشلّي لمنصور بن دحمانة لسعيد بالرِّيش الجربي في أواسط رمضان المذكور بمحوّله عن مسألة رجل تصدّق بربْعه على أولاده ثم بعد مدة طلب أولاده أن يعيدوا عليه ربْعه فأعادوه عليه بالعدالة. ثم إن الأولاد المذكورين ندموا في الإعادة المذكورة وقالوا لوالدهم المذكور: نحن تصدَّقنا بالربع على أولادنا لمَّا أن تصدقتَ أنت به علينا، فهل يصح قولهم في صَدَقتهم على أولادهم والحالة أنهم أعادوا على والدهم رَبْعه بالعدالة؟ وكذاك لم يحوزوا الصدقة من والدهم المذكور بوجه شرعي ووالدهم المذكور هو الذي يخدم الربع المذكور [91 ب] ويستغله من حين تصدق عليهم إلى أن أعادوه؟ جوابكم، والسلام.

فأجبتُ بما نصّه بعد افتتاحه: إذا ثبتَ عليهم أنّ الأولاد تصدّقوا على أولادهم بالرَّبْع المذكور على الوجه الشرعي قبل الإعادة لزمَتْهم الصدقة ولا عمل على الإعادة ولا حجة عليهم في كون والدهم يستغلّ الربع ولما في كونهم لم يحُوزوا أصل صدقة والدهم. والله تعالى أعلم، وبه التوفيق.

تذييل، اعرف مختصر الشيخ ابن عرفة في الورقة الثالثة عشرة مِن هبته فقد ذكر هنالك أن بيع الموهوب له أو هبته أو عتقه تتنزّل منزلة الحَوْز وفي ثالثة هبة الشامل ما نصُّه: ولو أعتق الموهوب قبل قبضه فكالحوز. وكذا إن باع أو وهب إن أشهد وأعلن وقيل ليس بحوز وثالثها

البيع حوز لا الهبة. وقولي: قيل الإعادة أي كما ذكر السائل في السؤال وانصرف يتعلق بتصدقوا. وقولي: على الوجه الشرعي أشرتُ به إلى وجود شروط الصدقة من الحوز والإشهاد والإعلان المذكورة في كلام الشامل. وقولي: ولا عمل الخ إنما كان لا عمل عليها لأنها تصرُّفٌ في ملك الغير وعلم أولادهم، ومَن تصرَّف في ملك الغير لم ينفذ تصرّفه وهو عداء. وقولي: ولا حجة عليهم الخ، أي على الأولاد المتصدقين وإنما كان لا حجة عليهم في استغلال والدهم بناءً على فتوى الشيخ أبي مهدي عيسى الغبريني قائلا: تصرّف الأب في الغلة من باب العداء وهو لا يرفع ملك الرقبة، وبه العمل خلافا لما به العمل عند الموثقين. اعرف الورقة [1] من هبة كبير ابن ناجي والورقة [2] من الجزء الخامس. وبه أيضا أفتى الشيخ أبو عبد الله محمد الرصاع وذكر فتوى الشيخ الغبريني وأردفها بقوله: ظاهره لا فرق بين الهبة للولد الصغير والكبير.

وقولي: ولا في كونهم الخ هذا لأن صدقتهم على أولادهم حوز حسبما مرَّ فكيف يصحّ قول السائل إنهم لم يَحُوزوا صدقة والدهم؟ هذا قوْل لا يصحّ وهو من السائل مبنيّ على ما أَلِف من أن الحوْز بالتطوّف ولم يعهد الحوز بعقد البيع أو بعقد العتق، فاعرفه فهو وقوف عند المألوف الغير مصحوب بمعرفة العلم وفروعه، فتأمله. والله تعالى أعلم، وبه التوفيق.

الحمد لله، وقع سؤال مِن علي بو معيزة وهو الضامن المذكور بَعْدُ في أواسط رمضان المذكور عن نسخة وثيقة بعد افتتاحها يَعْرف شهوده محمد بن محمد السماتي وعلي بن مصدق عُرِف بو معيزة ومحمد

1) بياض بمقدار كلمتين بالأصل.
2) بياض بمقدار كلمتين بالأصل.

بن [1] النوّالي معرفة تامة. ويشهدون بأنهم حَضَروا بينهم موطنًا ببلد بنزرت بسوق الجزّارين وهم بالحالة الجائزة شرعًا على معنى الإشهاد عليهم. قبض في الموطن المذكور محمد النوالي المذكور من محمد السماتي المذكور ثَمن قفيزيْن إلاّ ربع القفيز قمحًا على وجه السَّلَم وضمنه له في ذلك علي بو معيزة المذكور بحكم ضمان الوجه، وذلك منذ أربعة عشر شهرًا فارطة عن التاريخ ولا يعلمون لمحمد النوالي براءة مِن ذلك ولا لعلي الضامن المذكور براءة مما ضمِنَ بوجهٍ إلى الآن. وقيّدوا بذلك [92 أ] شهادتهم هنا بتاريخ سابع شهر رمضان المعظم عام واحد وألف [1001 هـ / 7 جوان 1593 م] سالم التائب وأحمد لويمة وعبد الواحد عرف بابن عبد الواحد وعلي الجبري، وعليهم علامة الأداء ثم الإذن في العمل ثم رسم العمل بالشهادة ببلد بنزرت.

وتحت ذلك سؤال بعد افتتاحه: جوابكم بعد تأملكم النسخة المقيّدة أعلاه وهو أن محمد السماتي المشهود له أعلاه قام على علي بو معيزة المشهود عليه بضمان الوجه وطلبه في إحضار المَدِين المشهود عليه بالقمح المسلّم المذكور أعلاه، والحالة أنّ محمد النوالي المَدِين المذكور قد مات قبل قيام القائم المذكور. فهل يسقط عن علي بو معيزة الضامن المذكور إحضار المدين لفوت الأمر ولا مقال لمحمد السماتي رب الحق المذكور وإنما له اتباع تركة محمد النوالي المدين المذكور بحقه؟ أو لا يسقط عن الضامن حكم الضمان؟ والسلام.

فأجاب عنه الحاج سالم النفاتي بما نصه بعد افتتاحه، إذ كان الأمر كما ذُكِر وعلى تقدير ثبوت الضّمان المذكور فبموْت المضمون سقط الطلب عن الضامن وهو علي بو معيزة كما نص عليه غير واحد. وفي نص الوثيقة على ثبوت الضمان نظر. والحاصل، أن علي بو معيزة لا

1) بياض بمقدار كلمتين بالأصل.

يطالب بوجه بموت الغريم، والله تعالى أعلم. وعطف عليه الفقيه عبد الملك الكركوري بالموافقة.

ورغب صاحبه علي بو معيزة الضامن كَتْبَ جوابي فكتبتُ تلوْه ما نصه: الحمد لله، الذي به الفتوى أنه إذا مات المضمون ضمان الوجْه سقط حكم الضّمان عن ضامِنِه، وعلى هذا فلا تباعةَ على علي بو معيزة الضّامن المذكور لموت المدين المضمون؟ والله تعالى أعلم، وبه التوفيق.

تذييل، قول الموثق بسوق الجزارين قول مَن لا معرفة عنده بوجه لأنه نَبَّه على مكان تحمل الشهادة وهو غير محتاج لذكره وترك تاريخه وهو محتاج إلى ذكره فعدم ذكر تاريخ تحمل الشهادة خلل في هذه الوثيقة. وفيها خلل ثانٍ وهو الاستبعاد العادي حيث أشهدوا العوام في السّلَم وفي الضمان وفي بلدهم العدول منْصُوبون. وفي قوله: قبض ثمن قفيزيْن إلاّ رُبعًا ولم يسم ذلك الثمن خللٌ ثالث فيدخله القول بالاستنزال وهو المختار وبه الفتوى وعُزِي لابن القاسم، وبطلان الشهادة وعُزِي لابن القاسم أيضا. لكن هذا الخلل الثالث لا يدخل في ضمان الضامن ولا يقدح فيه لقول المختصر والشامل: يصحّ الضمان ولو جُهِل أو من له، يعني ولو جُهِل قدر الحق المضمون فيه أو جُهل من له الحق فلا يقدح جهلهما في ضمان الضامن. وقول الحاج سالم: وفي نص الوثيقة على ثبوت الضمان نَظَرٌ غير متَّجهٍ، فاعرفه.

الحمد لله، وقف عَلَيَّ الشريف أبو العباس أحمد المكي من باب السويقة في أواسط رمضان عام واحد وألف المذكور [1001 هـ / أواسط جوان 1593 م] بسؤال مجاب ذكر أنه للحاج قاسم المرنجيزي البناء بباب السويقة وطلب جوابي فيه. نص السؤال بعد افتتاحه: جوابكم عن مسألة رجل كان وقع [92 ب] بينه وبين زوجته وأهلها مشاجرة

كبيرة وخرجتْ من داره، وحاكَمَه أبوها بتوكيلها ورافعه وآل الأمر إلى أن أسكنها بين جيديْن مدة سابقة، وتمادى ذلك الحال بينهما إلى الآن لم يقع بينهما مراجعة ولا مصالحة، وللزوجة أب وجدة وعمّ وبنوهم يتردّد جميعهم لها كلّ آن ووقت، وتشكّى الزوج مِن ذلك وذكر أنهم يأتونها بالإفساد وعدم المعاشرة له. وتضرّر من ذلك وأراد منعهم منها إلاّ ما يجوّزُه الشرع العزيز بالإتيان إليها كلّ جمعة مع أمينة. وطلب منكم بيان مَنْ له الدخول عليها منهم شرعا؟ وهل يلزمهم ما ذكر أم لا؟ والسلام.

ونصّ الجواب بعد افتتاحه: إذا كان الأمر كما ذكر فلأبويْها ولأوْلادها من غيره الدخول عليها ولو كره الزوج ذلك، فإن اتُّهم الأبوان في فسادها زاراها كل جمعة مرة بحضرته مع أمينة. والله تعالى أعلم. وكتبه علي ابن محمد عبيد. وعطف عليه الحاج سالم بقوله: الحمد لله، الجواب المقيَّد أعلاه صحيح وبمثله أجيب. والله تعالى أعلم. وكتبه سالم بن علي النفاتي. وكتبتُ تلوه ما نصّه: الحمد لله، بمثل ما وقع الجواب به أعلاه أجيبُ. والله تعالى أعلم، وبه التوفيق. وكتبه فلان.

تذييل، ترك المُجيبُ الفصل الأول من فصليْ السؤال بدون جواب إما غفلةً أو قصدًا ومحصوله يؤخذ مما وقع في الورقة الحادية والعشرين ومائة من الجزء الثاني، واعرف ما في الورقة الرابعة والثلاثين من الجزء الرابع، واعرف في الفصل الثاني من فصليْ السؤال ما في الورقة السابعة والخمسين ومائة من الجزء السادس.

الحمد لله، سأل سائل عن زوجة أحمد السطلي الرادسي عن مسألة رجل تزوج امرأة وكتب لها التحريم في كل امرأة يتزوجها عليها فلها أن تطلقها أيَّ طلاق شاءت. ثم إنه تزوج امرأة أخرى والحالة أنَّ الأولى لم تعلم بها إلاّ بعد مدة تزيد على خمسة أشهر لكونه بنى في دار أخرى.

فهل لها حين العلم الأخذ بالشرط أم لا؟ أو بعد أن تحلف على نفي العلم؟ جوابكم والسلام.

أجاب عنه الحاج سالم بما نصه بعد افتتاحه: إذا كان الأمر كما ذكر ولم تعلم المذكورة بتزويج زوجها المرأة المذكورة فلها أن تأخذ بشرطها الذي لها على زوجها. والله تعالى أعلم. وكتب تلوه الفقيه عبد الملك الكركوري العطف بالموافقة. وسُئلتُ العطف عليه فيه في أواخر رمضان عام واحد وألف [1001 هـ / أواخر جوان 1593 م] فكتبتُ تلو ذلك ما نصّه: الحمد لله، لذاتِ الشرط المذكورة الأخذ بشرطها بعد علمها، وأما قبل علمها فإنها معذورة. والله تعالى أعلم، وبه التوفيق.

قولي: بعد علمها أعني إذا لم تمكّنه من نفسها بعد علمها، وتركتُ التنبيه عليه في جوابي لأن ما ذكرتُه يستلزمه لأنها إذا كان لها الأخذ بشرطها بعد علمها استلزم ذلك أنها لم تمكّنه مِن نفسها بعد العلم [93 أ] المذكور. وقولي: وأما قبل علمها فإنها معذورة أي سواء مكّنته مِن نفسها أو لم تمكّنه فذلك كله هي فيه معذورة لكونه قبل علمها، فاعرفْه.

الحمد لله، سأل محمد بن محمد المؤمني في أوائل شوال عام واحد وألف [1001 هـ / أوائل جويلية 1593 م] عن مسألة رجل بيده أرض بيضاء مُعدّة للزراعة مُنْعَم بها عليه بظهير من بعض الأمراء. تسلّف من رجل مالاً ثم توفّي فقام أناس مدّعين أن لهم عليه دينًا وأنه باع لهم الأرض المذكورة بديونهم. وادعى صاحب السلف الشراء أيضا. فهل يجوز بيع الأرض المذكورة ويُقبل من القائم ما ادعاه بالشراء أو لا يجوز ذلك ولا تقبل دعواه؟ وإذا قلتم لا يجوز بيعها فهل شراؤه فيها صحيح عامل أم لا؟ والسلام.

وأجاب عنه الفقيه أحمد المسراتي بما نصه بعد افتتاحه: اعلم أن أرض الظهير المقتطعة للأعراب وغيرهم اقتطاعها إنما هو اقتطاع انتفاع لا ملك. قاله ابن عرفة، وإذا كان ذلك كذلك فلا يجوز بيعها. والله تعالى أعلم.

ورغب جوابي فكتبتُ تلوه: الحمد لله، إذا كان الأمر كما ذكر فأرض الظهير بإفريقية مقتطعة للمنفعة خاصة لا للملك. وقد ثبت في الصحيح عنه -صلى الله عليه وسلم تسليما- أنه قال (لا بيع إلاّ في ما تَمْلكُ) وكما مُنع بيعها مُنع اشتراؤها. والله تعالى أعلم، وبه التوفيق.

تذييل، وقع في الورقة السادسة عشرة من حبس البرزلي عن جواب شيخه ابن عرفة في تحبيس أرض الظّهير: تحبيس أرباب الظّهير في إفريقية غير تام لأن الظهير في إفريقية إنما هو إعطاء منفعة لا إعطاء رقبة. وللشيخ البرزلي عليها تذييلٌ بيَّنَ فيه أنّ المسألة أُخذْت مِن قول بيوعها الفاسدة: ولا يجوز بيع غِيرانِ المعادن إلى آخر المسألة، فاعرف ذلك فيه. وللشيخ البرزلي في سادسة بيوعه ما نصّه: تقدّم في الزكاة أنّ أراضي تونس أرض ظهير لا ملك في رقبتها وإنما فيها الانتفاع خاصة. فلا يجوز بيعها ولا قسمتها إلاّ بإذن الإمام ليكون إقطاع تمليك ولا شفعة فيها. وكلما تعدّدت الملوك وجب تجديدها لِمنْ هي في يده ولا ينتفع بها إلاّ من جُدّدتْ له، ويختص بها مَن كُتبت له لا يدخلها غيرهم ولا تورّث، انتهى.

قلتُ: لفظ المنفعة وقعت في عبارة الشيخ ابن عرفة وهي أَحْرَرُ[1] من لفظ الانتفاع الواقعة في عبارة الشيخ البرزلي لأن المملوك بالظهير

1) يقال لفظ محرّر موصوف بالدقة والضبط.

المنفعةُ لا الرقبة ولا مجرّد الانتفاع. والفرق ما قاله الشيخ شهاب الدين في قواعده وهي في القاعدة السابعة من قواعد الإجارات من ترتيب القواعد والفروق في الورقة التاسعة والثلاثين ومائة منه أنّ «تمليك الانتفاع معناه أن يباشر الانتفاع بنفسه فقط» كسكنى المدارس والرباطات والحبوس في الجوامع والأسواق ومواضع النسك كالمطاف والمسْعى. فله أن ينتفع بنفسه فقط ولا يؤاجر موضعه ولا يعاوضه بطريق من طرق المعاوضات. وتمليك المنفعة أعمّ وأشْمَل فيباشر بنفسه ويمكّن غيره من الانتفاع [93 ب] بعوض كالإجارة وبدونه كالعارية، كمن اكترى دارًا أواستعارها فله أنْ يُسْكِنَها غيرَه بأي وجْه أراد، ويتصرف في منفعة الدار تصرُّف المُلاّك في أملاكهم وهو تمليك مطلق لكنه في زمن خاص، وتمليك هذه المنفعة كتمليك الرقاب، انتهى.

قلتُ: فعُدولي عن العطف على جواب الفقيه المسراتي أتى لوجهيْن، الأول أنه عبّر عن ملك الظهير بالانتفاع وليس كذلك بل هو تمليك منفعة كما وقع تحريره في عبارة الشيخ ابن عرفة دون ما تسامح فيه الشيخ البرزلي. والفقيه المسراتي لم يعرف الفرق بين العبارتيْن ولم يستوْعب النظر حتى يعثر على عبارة الشيخ ابن عرفة في مسألة تحبيس أرض الظهير فَتَمجَّزَ كما تَمجَّز الشيخ البرزلي معتمدًا في جوابه على مجرد ما وقع في خاتمة مسائل الضرر من البرزلي. فإنه اقتصر فيه على كون نسخة ابن عرفة[1]. فأجاب بأنَّ إقطاع الظهير إقطاع انتفاع لا ملك، ولا يشبع القول كما أشبع في الحبس والبيوع وتكلم عليها أيضا في النكاح.

الوجه الثاني أنه أخذ في جوابه منع بيعها من لازم كونه تمليك انتفاع. وأنتَ قد رأيتَ أنَّ منْع بيعها مصرَّح به في عبارة الشيخ البرزلي

1) كذا وردت الجملة في الأصل منقوصة.

حسبما ذكرته الآن من بيوعه. والحديث الشريف المشار إليه ذكره في التوضيح في بحث الطلاق المعلق في قولك ومحله ما ملك قبله تحقيقًا أو تقديرا ولفظه قال -صلى الله عليه وسلم تسليما- (لا طلاق إلاّ في ما تملك، ولا بيع إلاّ في ما تملك ولا وفاء نذْرٍ في ما لا تملك) وقد استوعبتُ نقل ذلك في البحث من حاشية المختصر.

الحمد لله، سألني علي بن ست الكل من القيروان للشقيقين عمر ومحمد فلفول ولديْ شيبوب الخزامي في أوائل شوال عام واحد وألف [1001 هـ / أوائل جويلية 1593 م] عن نسخة رسم بعد افتتاحه: بعد أن توفي محمد بن أحمد القاسمي عُرف بن عمشون عن جميع الدار القبلية المفتح بربض أولاد المِصْفار -أحد أرْباض القيروان- يحدّها كذا وكذا. مع جميع السانية المعدة للحراثة بفدّان البنود غربي المدينة المذكورة يحدّها كذا وكذا. فورثَ ذلك عنه زوجه عائشة بنت علي البكري المصْفَار وأولاده منها النَّويْصر وسلطانة وضياء لا غيرهم. ثم توفيت الزوجة المذكورة فأحاط بإرثها أولادها المذكورون لا غيرهم. ثم توفيتْ ضياء فأحاط بإرثها شقيقاها النّويْصر وسلطانة المذكوران لا غيرهما. ثم توفيت سلطانة فأحاط بإرثها أولادها محمد المدعو بشيبوب وزيتونة وعزوزة أولاد عمر الخزامي وصار حظ محمد شيبوب المذكور في الدار والسانية المذكورتين من أي جهة كان للنويصر بن أحمد القاسمي عرف عَمْشون بالتسليم الصحيح الشرعي.

وكذا صار له حظ عزوزة المذكورة من الربع المذكور من أي جهة كان بتسليم شقيقها محمد شيبوب عنها بتوكيل منها له على ذلك. وكذا صار للنويصر المذكور حظ زيتونة المذكورة من أي جهة كان في الربع المذكور بتسليم شقيقها [94 أ] محمد شيبوب المذكور عنها بحكم كفالته لها. كل ذلك بشهادة الشيخين الفقيهين العدلين المرحومين أبي

عبد الله محمد بن أبي هاها الرعيني وأبي العباس أحمد الشقانصي. وقف عليه شهيداه.

وتوفيت زيتونة المذكورة وأحاط بميراثها زوجها محمد بن محمد الدقي عُرف الرّبْع وأولاده منها محمد ورمضان وسليمة وفاطمة لا غيرهم. ثم توفيت فاطمة المذكورة وأحاط بميراثها والدها المذكور لا غيره. وظهر أن سليمة ورمضان بحال صِغَر لنظر والدِهم المذكور. وقام والدهما محمد الرّبع المذكور وادّعى أن في بيع محمد شيبوب عن زوجته زيتونة المذكورة خَدْشا، وترافعا هو وأحمد بن النّويصر المذكور لبعض الحكام فدخل بينهما مَن يبتغي الأجر من الله سبحانه ونَدبهما للصّلْح فاصطلحا على أن أعطى أحمد بن النويصر لورثة زيتونة عشرة دنانير نواصر قائمة على نسبة إرثهم فيها. اعترف محمد الرّبع بقبض سبعة دنانير نواصر ونصف الدينار من أحمد المذكور له ولولديه صغيريْ السن لنظره، كما ذكر رمضان وسليمة، يخص رمضان من ذلك ديناران ونصف دينار ويخص سليمة شطر ذلك وباقي العدد يخص والدهما محمد الرّبع المذكور.

واعترف محمد ولده بقبض بقية العشرة دنانير وذلك ديناران ونصف الدينار وأمضيا معًا بيع محمد شيبوب ما باعه عن مُورثتهما زيتونة المذكورة في الرّبع المذكور الإمضاء التام لمن ذكر وطيَّبَا له ملكيته ولورثته مِن بعده وهَنّآهُ في ذلك أتمّ تهنئة محمد الربع في حقّه وحقّ ولديْه اللّذيْن إلى نظره لصِغَرهما وولده محمد في حق نفسه. ولم يبق لهم في عين الرّبع المذكور شرك ولاملك ولا حقّ ولا دعوى ولا شبهة مطلب بوجْهٍ ولا على حال. وكل دعوى يدّعيها أحد من ورثة زيتونة أو بينة يسترعيها فدعواه باطلة وبينته زورٌ آفِكة لا عمل عليها.

وبمثل ذلك كله أشهدتْ عزُوزة المذكورة نصًّا سواء على عشرة دنانير قبضتْها من أحمد بن النّويصر المذكور وأبرأتْه مِن قدرها الإبراء التام، براءة القبض والوفاء بالحق. وحضرت ست الكل بنت مسعود المرداسي عُرفت الزَعْرَاء وأولادها عمر ومحمد المدعو بفلفول من زوجها كان شيبوب المذكور ومعيزة بنت شيبوب المذكور. وأشهد جميعهم أنهم أمضَوْا بيع والِدِهم المذكور في الرّبع المذكور ووافقوا عليه الموافقة التامة ولم يبق لهم فيه شرك ولا ملك ولا حق ولا دعوى ولا شبهة مطلب. شهد على إشهاد جميعهم بما عنهم فيه في الصحة والطوع والجواز وتقرَّر التعريف بمن لم يُعْرَف منهم أواخر ربيع الثاني عام ثلاثة وستين وتسعمائة [963 هـ / أواسط مارس 1556 م]. ووقف على ما ذُكِر الوقوف عليه محمد شنّني بن بالطيب الأُبّي ومحمد بن محمد الحاتمي.

ونص السؤال تحتها بعد افتتاحه: جوابكم بعد وقوفكم على الرسم المسْطُورة نسختُه أعلاه. وقد قام الآن الأخوان محمد المدعو بفلفول وعمر المذكوران أعلاه في الربع [94 ب] المذكور أعلاه على ورثة النويصر بن عشمون المذكور أعلاه فرافعهما الورثة بالرسم المسطورة نسخته أعلاه لكونه تضمن أن أباهما محمد شيبوب -وهو الذي دخلا من جهته- سلّم حقه وأنهما وافقا على ذلك. فقد جاء في ذلك بوجهيْن: أحدهما أنّ شهيدي الرسم المذكور شهدَا بمطلق الوقوف على خلوص سهام أبيهما للنويصر دون سماع ثبوته من القاضي والحالة أنّ جميعهم من أهل القيروان. وفي كريم علمكم ما نصّ عليه الشيخ ابن ناجي -رحمه الله تعالى- من أن شهادة الوقوف مجرَّدة عن سماع ثبوتها من القاضي جرى العمل بالقيروان ببطلانها دون مدينة تونس. والثاني أنه على تقدير أن شهادة الوقوف صحيحة فقول الشهيدين صار له حظه من كل جهة فيه

جهالة لأنه أبْهم به اسم المبيع. وفي كريم علمكم أن البيع لا يصحّ حتى يكون المبيع معيّنًا مبنيًا كما أن ثمنه كذلك. قال الأخوان: وقد كنَّا وقْت أنْ شهد علينا الشهيدان المذكوران بالموافقة المذكورة صغيريْن، قال لنا الشاهدان المذكوران: نحْنُ وقفنا على تسليم أبيكما محمد شيبوب المذكور لسهامِه فظننَّا ذلك صحيحًا فوافقنا على ذلك، فهو التزام لما لا يلزمنا. والمبني على الفاسد فاسد. لأن موافقتنا على بيع المجهول لا توجب رفع الجهالة عنه. فهل -رضي الله عنكم- ينهض ما ذكره الأخوان في بطلان ما دُوفِعا به أم لا ؟ جوابكم، والسلام.

فأجبتُ عنه بما نصّه: وعليكم السلام ورحمة الله تعالى وبركاته. الحمد لله، تصفّحتُ ما بأعلاه من نسخةٍ وسؤالٍ. وإذا كان الأمر كما ذكر فما ذكره الأخوان محمد وعمر في بطلان ما دُوفِعا به ناهض. قال الشيخ ابن عرفة -رحمه الله تعالى- دعوى جهل المَبيع راجعٌ لدعوى الفساد، وجعله المتيطي وغيره من دعوى الغبن ليس كذلك، انتهى. قال بعض الشيوخ المتأخرين: والصواب الأول لأن معرفة المبيع شرط صحة البيع فعدمه يوجب فساده ويعمّ صُور دعوى الجهل بالمبيع، والغبن لا يعم صوره فلا يكون منه، انتهى. وقد أفتى المتاخرون بأن القول قول مدّعي الفساد في المعاملات لغلبته. قال بعض الشيوخ: وبه العمل. فقوله في أصل النسخة صار حظ محمد شيبوب في الدار والسانية من أي جهة كان للنويصر بالتسليم لم يفسّر فيه قدر الحظ المسلّم بل أبْهم قدره بقوله مِن أي جهة كان. ألا ترى أن الحظ لا يتوصل إلى معرفة قدره إلاّ بعد معالجة أوضاع حسابية وأعمال فرضية؟ ولا سيما على ما بها من مناسخات لا يعرف معالجتها إلاّ الخواص من الفقهاء فكيف يعرفه العوام بدون تلك الأعمال والأوضاع؟ والجهل بقدر المبيع مجتنب حسبما صرّح به الشيخ شهاب الدين وغيره.

وعلى هذا فتسليم شيبوب بهذا اللفظ الذي وقع في الأصل طابق النهي لأنه قد ثبت في الصحيح عنه -صلى الله علي وسلم تسليما- (النهي عن بيع المجهول). خصّه الإمام -رضي الله تعالى عنه- بباب المماكسات الموجبة [95 أ] لتنمية الأموال. ومقتضى النهي يحتّم فسْخَه ولا خيار للوارث في إمضائه. وانظر كيف يدخله وجْهٌ آخر من الفساد وهو الشهادة بالبيع ولم يسمُّوا الثمن. وقد اضطربت فتوى الأشياخ في ذلك بالبطلان والصحة. لكن أصل ابن القاسم -رضي الله تعالى عنه- من رواية أصبغ بطلانه. وخلاصة القول في هذه النازلة أن ما مَرَّ من أوجه الفساد لا أقل مِن أن يكون بعضها على الاحتمال، والمشهور أن العقد المحتَمِل للصحة والفساد يُحْمَل على الفساد. وهو أصل ابن القاسم -رضي الله تعالى عنه- كما أنّ الصفقة إذا احتملتْ الجواز والمنع حكم بالمنع على المشهور. والله تعالى أعلم، وبه التوفيق.

تذييل، بعض الشيوخ المتأخرين هو الشيخ الجد -رحمه الله تعالى- قاله في المباني اليقينية وفي مواهب العرفان إثر نقله كلام الشيخ ابن عرفة. والمراد بالمتأخرين الذين قالوا: القول قول مدّعي الفساد لغلبته كالشيخ ابن أبي الدنيا في أول رهون البرزلي وكالشيخ عبد الحميد الصائغ نقله عنه الشيخ بهرام، قيّد به المذهب ذكره في وسطه في قول المختصر: ولمدّعي الصحة إن لم يغلب الفساد، وكالشيخ سيدي حسن الزنديوي أفتى به، ونقل في فتواه عن شيخ شيوخه ابن عرفة أنه قال: به العمل. اعرفه في حاشيةٍ على آخر باب القراض من الشامل بخط الشيخ أبي عبد الله محمد الفخفاخ. وإذا كانت معرفة المبيع شرط صحة البيع كان عدم الشرط يقتضي عدم المشروط، وإذا عدم المشروط الذي هو الصحة جاء ضدّها وهو البطلان والفساد، لقول الشيخ ابن السبكي: الصحة يقابلها البطلان وهو الفساد.

وفي بيوع المختصر شرط المعقود عليه عدم جهل بثمنٍ أو مثمونٍ. وفي الوسط ما نصّه: ومما يُشترط في المبيع عدم الجهل بالمثمون والثمن فلا بدّ من كونهما معلومَيْن للبائع والمبتاع وإلا فسد البيع. ووقع في كلام القاضي عياض -رحمه الله تعالى-: من مصحّحات العقد أن يسْلَم المعقود به وعليه من الجهالة بحقيقته أو أوصافِه أو ماله. نقله الشيخ البرزلي في أول بيوعه، ووقع في القاعدة الحادية عشرة من قواعد البيوع من ترتيب القواعد والفروق في الورقة السابعة والعشرين ومائة ما نصّه: الغَرر والجهل يقعان في سبعة أشياء في الوجود كالآبِقِ، وفي الحُصُول وإن عُلِم الوجود كالطير في الهواء، وفي الجنس كالسلعة لا يسمّيها، وفي النوع كعبد لا يسميه، وفي المقدار كالبيع إلى مبلغ رَمْي الحصاة، وفي التعيين كثوب مِن ثوبيْن، وفي البقاء كالثمرة قبل بدُو صلاحها. وصدَّر في القاعدة المذكورة حيث فرَّقَ بين الغَرر والجهْل بقوله: وأما ما عُلِم حصوله وجُهلتْ صفته فهو المجهول كبيعه ما في كُمّه.

إذا تقرّر هذا وعُلِم منه أنّ شرط صحة البيع معرفة المبيع وعدم الجهل به للبائع والمبتاع فقد ظهَر من الجواب أنّ تسليم شيْبُوب المسؤول عنه حظه في الدار والسانية فيه الخلل من وجوه: [95 ب] الأول الجهل بذلك الحظ حيث لم يفسّر شهوده قدْرَه وذكروا معه تناقضًا قوّى إبهامه. أشرتُ إلى هذا الوجه بقولي في الجواب: ألا ترى أن الحظ لا يُتوصَّل إلى معرفة قدره إلاّ بعد معالجة أوضاع حسابية وأعمالٍ فرضيةٍ. ولا سيما على ما بها من مناسخات، إلى قولي: بدون تلك الأوضاع والأعمال. فقولي: والجهل بقدر المبيع مجتنب إلى آخره تصريح الشيخ شهاب الدين وقع في القاعدة السادسة من قواعد البيوع من ترتيب القواعد والفروق. قال: جاء عن النبي -صلى الله عليه وسلم تسليما- (النهي عن بيع الغرر وعن بيع المجهول) فحمَل الشافعي النّهي على التصرفات

كلّها وفصّل مالك. فقاعدة ما يُجتنب فيه الغرر والجهالة عنده هو باب المماكسات والتصرّفات الموجبة لتنمية الأموال. وقاعدة ما لا يُجتنب فيه ذلك عنده هو ما لا يُقصد لذلك. فالتصرّفات عنده ثلاثة أقسام طرفان وواسطة، فالطرفان أحدهما معاوضة صرفةٌ يُجْتَنَبُ فيها ذلك إلاّ ما دعتْ إليه الضرورة، وثانيهما إحسان صرفٌ كالصدقة والهبة فالجهالة والغرر في الطرفين ممتنعان، والثالث الوسط، النكاح فمن جهة أنّ المال غير مقصود وإنما المقصود الود والألفة، لا يعتبر الغرر والجهالة فيه، ومن حيثية المعاوضة يعتبران ولوجود الشبهتين توسَّطَ مالك وقال بجوازهما فيه لكن القليل دون الكثير، انتهى.

وإبهام قدر الحظ لو تجرّد لسَهُل فهم قدره على بعض الأذهان من ذكر الوارثة لكنه لم يتجرّد فلأنَّه ذَكَر في صحبته تناقضًا منع من فهم قدْره فذكر للحظ جهة واحدة وهي الإرث من أمّه سلطانة. ثم قال: من أي جهة كان، فأوْقَع لبسًا في قدر المبيع وعُسْر فَهْم فيه وتَرَدُّدَ نَظَرٍ في قدره. وإلى هذا الإبهام مع مصاحبه المذكور الموجب لعُسْرِ فهْمِ قدر الحظِّ أشرتُ في الجواب بقولي: لم يفسر قدر الحظ المسلّم بل أبهم قدره بقوله: من أي جهة كان الخ. وحاصله في لفظ الحظ مع التناقض الذي ذكر معه إبهام للقدر فيصدق عليه الجهل بالصفة الواقع في عبارة القاضي عياض والجهل بالمقدار الواقع في عبارة الشيخ شهاب الدين. وفيه اختلال شرط المعقود عليه وهو عدم الجهل به الواقع في عبارة الشيخ خليل.

والفرق بين هذه النازلة والنازلة المذكورة في الورقة السابعة عشرة من الجزء الثاني أنّ عبارته هنالك أبرأت خصيبة وسلطانة مما جرَّه لهما الإرث في والدهما وشقيقيهما محمد وبلقاسم من جميع الدار بعد أن ذكر وفاتهم ووراثتهم. حاصله ذكر ما جرّه الإرث مع ذكر الوفاة والوراثة

غير مصحوب بمناقض يصرف عن فهم قدره وإن كان ذكر الحظ ومعناه ماجرَّه الإرث، لكنه أتَى معه بمناقض وهو جهة واحدة وقال: مِن أي جهة كان. وهذا التناقض يفضي إلى عُسْر فهم في قدر الحظ قطعًا بتردُّدِه بين الجهة الواحدة والجهات مَع أصل الإبهام الحاصل مِن لفظ الحظ [96 أ] كإبهام ما جرّه الإرث لكن ما جرّه الإرث خلا عن مصاحب يقوي إبهامه والحظ صحبه مُقوٍّ لإبهامه فافترقا. فتأمّله مُنصفًا، فلو وقع اعتراف بمعرفة القدر ارتفع النزاع، كما وقع في نازلة محمد حشلاف في الورقة الثلاثين من الجزء الثاني.

واعرف التذييل في الورقة الثامنة من الجزء الثالث ففيها إيعاب هذا البحث وهو الاعتراف بمعرفة القدر. ولا يَرِد على هذه النازلة أيضا ما وقع في الورقة التاسعة والأربعين من بيوع البرزلي عن ابن سهل: إذا باع جميع أملاكه بقرية كذا في الدوُّر والدِّمَن والأفنية والزيتون والكروم ولم يزد على ذلك ثم ظهرت أَرْحِيَةٌ لم تُسَمَّ فقيل: هي للمبتاع وقيل للبائع. لأنا نقول: في مسألة ابن سهل سمّى الأملاك المبيعة باسمها المعين ولم يُتْبِعه بلفظ يُبْهمها. والنازلة المذكورة هنا سمَّى حظاً في الدار والسانية غير مسمى باسم معين له وغير مسمى قدره. وهو مع إجمال قدره أَتْبَعه بلفظ يُبهمه وهو قوله: مِن أي جهة كان، مع أنه ذكر له جهة واحدة وهي إرثه من أمه سلطانة، وفرْقٌ بين ما سُمّيَ باسم خاص ولم يُتْبع بمبهم وما ذُكِر باسم مُبْهم وأُتْبِع بمبهم، فاعرف ذلك.

والوجه الثاني من أوجه الخلل هو الشهادة بالتسليم ولم يسمُّوا الثمن وهو وإن اضطربت فتوى الشيوخ فيه بالبطلان والصحة لكن أصل ابن القاسم بطلانه. اعرف ذلك في الورقة الرابعة والعشرين من الطرر، وكرّره في ترجمة فصل من البيوع لأحمد بن سعيد الهندي في الورقة الخامسة والأربعين منها. ونقل البرزلي كلامه من الموضع

الأول في الورقة الثامنة عشرة من بيوعه. وهي في أول الباب الثالث والأربعين من التبصرة، وذكر في آخر الباب أنها عند مالك -رضي الله تعالى عنه- شهادة تامة لكن أصل ابن القاسم ما قد رأيتَ. واعرفها في الورقة السادسة والثلاثين من المباني اليقينية، واعرف إذا تعارض قول ابن القاسم وقول غيره في الورقة الرابعة والعشرين من التبصرة وفي الورقة الخامسة والعشرين تليها وما في الورقة السابعة والثمانين ومائة من التذكير وهي التي قبل الأخيرة منه.

والوجه الثالث من أوجه الخلل أنّ الجهل بالمبيع -وهو مرادي ببعض أوجه الفساد- إن لم يكن محققا فلا أقل مِن أنْ يكون على الاحتمال، فكونه على الاحتمال كافٍ في إثارة فساد العقد في هذه النازلة، لصيرورة عقد التسليم مع هذا الاحتمال عقدا محتملا للصحة والفساد، والمشهور أن العقد المحتمل للصحة والفساد يحمل على الفساد وهو أصل ابن القاسم. أما كونه المشهور فنقله الشيخ ابن عرفة في سادسة قراضه، وأما كونه أصل ابن القاسم فقاله الشيخ الوانوغي في ثالثة غرر حواشيه. ومرّ في الورقة السادسة والستين من هذا الجزء. ويصير أيضا صفقة محتملة للجواز والمنع، والمشهور أن الصفقة إذا احتملت الجواز والمنع حكم فيها بالبيع. قاله الشيخ ابن عرفة في أُولى رهــونه ومرّ ذلك في الورقة [96 ب] العاشرة من هذا الجزء.

الحمد لله، سئل الفقيه أبو الحسن علي عبيد عن مسألة جماعة خرجوا من بلدهم إلى بلدٍ آخر ليأتوا بامرأة عروس لرجل من أهل بلدهم، وفي الجماعة رجالٌ بأيديهم مَكَاحل حَرْبية، فهم في أثناء الطريق أخذوا يلعبون يرمون مكاحلهم على وجه الملاعبة فصادفتْ رصاصةٌ رجلاً مِن أهل المكاحل مات بها ولا يدْرُون عَيْن مَن خرجتْ مِن يده، فاتّهم أهل الميت رجلاً من أهل المكاحل بأنه هو المصيب لميّتهم فأنكر وطلب

منهم إحضار الرصاصة التي أصابت ميّتهم فإنهم أخرجوها منه ليختبرها بإدخالها لمكحلته فأبوْا مِن ذلك. فهل يؤخذ المتّهم بتهمتهم من غير تحقيق عين الضارب حين الضرب أو لا يؤخذ بالتهمة؟ وهل يمكّن من الرصاصة ليماثلها مع ما عنده من الرصاص ويدخلها لمكحلته ليظهر هل هي من عنده أولا يمكّن منها؟ والسلام.

فأجاب بعد الافتتاح: إذا كان الأمر كما ذكر فلا قصاص في النازلة وإنما فيها الديّة على عاقلة أهل المكاحل إن لم يتعيّن واحدٌ منهم أصابه بدليلٍ قطعي كإقامة البينة على واحد منهم بعينه، ولا حجة في البندقة وحيثُ يتعيّن واحد منهم فالدية على عاقلته. والله تعالى أعلم، وبه التوفيق.

وسألني صاحبه مسعود الشتاوي الطرّاح في أوائل شوال عام واحد وألف [1001 هـ / أوائل جويلية 1593م] العطف فيه. فكتبتُ تلوه ما نصه: الحمد لله، لا يؤخذ الرجل المتّهم المذكور بدم الميت المذكور بمجرد التهمة ولا حجة عليه ولا له بالبندقة المصيبة ماثلتْ ما عنده أو خالفتْ. فهذا جواب السؤال المذكور. ثم إن تعين رامِيهِ من الرّماة ببينة لا المدفع فيها فدِيَتُه على عاقلته، وإن لم يتعيّن فهي على عواقل جميع الرماة، ولا سبيل إلى القَوَد مطلقًا. فما وقع الجواب به أعلاه من ذلك صحيح وبمثله أجيب. والله تعالى أعلم، وبه التوفيق.

تذييل، إذا كانت التهمة في الأموال لا توجب إلاّ مجرّد اليمين -على ما به العمل- فكيف توجب القَوَد في الدماء والبندقة لا حجة فيها لإمكان صغرها عن محلّ خروجها مِن مكْحلة فأكثر. والاحتمال لا تتعلق به الأحكام في الأموال فكيف بالدماء. وإنما كانت الدية على عاقلة الضارب الرامي إن اتّحد أو الجميع إن لم يتعين الواحد، لأن

النائرة في لعب وحكمها الخطأ لا العمد. في أول جراحها قال مالك: ومن العمد الذي لا قَوَد فيه كالمتصارعَيْن والمترامييْن على وجه اللعب فيموت من ذلك، ففي هذا كله دية الخطأ على العاقلة أخماسًا. ولو تعَمّد هذا على وجه القتال فصرعَهُ فمات أو أخذ برجله فسقط فمات كان في ذلك القصاص. ابن ناجي في ثانية جراح كبيره: ما ذكره هو المشهور وأحد الأقوال الأربعة وقيل حكمه حكم العمد وفيه القصاص قاله مطرّف وابن الماجشون ورَوَياه.

وقيل: إن قصد الضارب إلى اللعب وحده فالثاني وإن قصداه معًا فالأول، وقيل: حكمه شبْه العمد [97 أ] وفيه الدية مغلّظة، قاله ابن وهب وابن حبيب وردّ بعضهم الأوليْن إلى الثالث. فمعنى قولها: إن قصد الضارب والمضروب إلى اللعب وأنّ معنى الثاني إذا قصده الضارب وحده وصُوبتْ الطريقة الأولى لقولها أو يأخذه برجله فلم يشترط قصدهما معًا فهو اختلاف قول كما قلناه، انتهى ما يمسّ منه. وإلى ذلك أشار في أول جِراح الشامل بقوله: وإن كان في لعبٍ فخطأٌ على الأصح. وثالثها إن تلاعبا معا فكذلك، وإن ضربه ولمْ يلاعبه الآخر فالقَوَد، وقيل هو قيد في القولين فرجع بهما إلى وفاق وقيل هو شبه العمد، انتهى.

قلتُ: قوله فرجع بهما إلى وفاق معناه فرجع هذا القول الثالث بالقوليْن الأوليْن إلى وفاق. ففاعل رجع على عائد القول الثالث أو إلى مَصْدُوقه وهو قيد من قوله هو قيد وضمير بهما على عائد القول الأول والثاني. ولك أن تقول فرجعا به إلى وفاق أي فرجع القولان به أي بالثالث الذي هو القيد إلى وفاق، فاعرف ذلك فكلا العبارتين صحيح. والله تعالى أعلم. وإلى الفرع أشار الشيخ ابن عرفة في أولى جراحه بقول ابن رشد: عَمْد الضرب دون عَمْد القتل من غير نائرة إن

كان على وجه اللعب في كونه خطأ وإيجاب القود. ثالثها شبه العمد لها وللأخويْن مع روايتهما. وتأوّل الثاني على أنه لم يلاعبه صاحبه. والأول على أنه لاعَبَه فيتفقان. ولابن وهب: وقيل التفرقة بين أن يلاعبه أوْ لا رابعٌ، انتهى.

الحمد لله، سألني الحاج قاسم الشّلّي في أواسط شوال عام واحد وألف [1001 هـ / أواسط جويلية 1593 م] لعمر الجنزوري المذكور فيه وهو الآن بسوسة عن مسألة وهي أن عمر الجنزوري هو ورجل آخر اشتريا قوسًا كبيرًا عاليا في دار علي الزمنطر لينْقُضاه ويأخذَا أحجاره لحاجتهما للبناء فاحتاجا إلى نصب سرير كبير يقف عليه القائم لهدم القوس المذكور، فنصبا أخشابًا أربعا من قرى السفن جائزات من السطح إلى السطح على وسط الدار بإذن ربّ الدار ثم بعد أن فرغا من الهدم أراد عمر الجنزوري أن يُنزِل الأخشاب المذكورة فأتى بمن يُعينه على إنزالها بإذن رب الدار المذكورة، ومحمد مطير من المعينين له في ذلك، فوقف عمر على سطح إحدى الجهتين ووقف محمد مطير قبالته على سطح الجهة الأخرى وأخذ كل واحد منهما يربط الحبل في طرف الخشبة وينزله إلى وسط الدار وفعلا ذلك إلى أن أنزلا ثلاثة أخشاب، ثم شرعا في الرابعة فربط عمر في طرفها الذي يليه وأنزله ثمّ أخذ محمد مطير فربط في طرفها الذي يليه وبإزاء عمر حجرٌ من الأحجار المزالة من القوس فرماه إلى وسط الدار فصادف رأس الخشبة الذي أنزل فاضطربت واضطرب باضطرابها الحبل المربوط في طرفها وطرفه في يد محمد مطير لأنه مُتَهَيّءٌ لإنزاله وإذا بمحمد مطير المذكور قد سقط من السطح فمات. وذُكر أنه عُملتْ وثيقة في ذلك وأنّ شاهدًا من شهودها [97 ب] الأربعة رجع وشاهديْن نفيَا مُعاينة الحجر الذي ضرب القرْية وبقي في الوثيقة شاهدٌ واحد، والثبوت بشاهد واحد. وعُزِلَ القاضي الذي

ثبت عنده. وقال عمر المذكور: إن الحجر الذي رُمي من الأحجار المُزَالة من القوس فرماهُ ليكون مع سائر الأحجار في وسط الدار مرْميًا للحمل. فهل يُصدّق في ذلك أم لا؟ وهل تصحّ الوثيقة المذكورة بشاهدٍ واحدٍ وهو عامي غير مزكّى وثبوتها بشاهد واحد أم لا؟ وهل يُحمَل عمر في رميه للحجر على التعدّي في رَمْيِهِ أو على قصده الضرر برمْيِهِ أوْ لاَ يُحمَل على ذلك؟ وهل عليه ضمانٌ عن الهالك المذكور أم لا؟ جوابكم، والسلام.

أجبتُ عنه بما نصّه بعد افتتاحه: إذا كان الأمر كما ذُكر وتقدم هدم في القوس المذكور دون غيره فذلك قرينة تُصدِّق عمر في أن الحجر المرمي مِن أحجاره المزالة من القوس لا من غيره فكونه منها هو الأصل حتّى تقوم بيّنةٌ بخلافه والشاهد العامي المجهول الحال غير عامل إلاّ بعد تزكيته.

قال في المدونة: لا يقضي القاضي ببينة حتى يزكوا عنده وإن لم يطعن فيهم الخصم والثبوت بشاهد واحد غير عامل. قال في الشامل: ولا يثبت بشاهد منفرد حكْمٌ ولا ثبوت. ولا يحمل الرامي للحجر المذكور على العداء في رميه لأن مدّعي العداء مدّعٍ فعليه البيان. وكذا لا يُحمل قصده الضرر برميه لأن الأصل عدم الضررِ ولأن قصْده إياه لم يظهر له وجْه ويتعذّر ثبوته لأنه من أعمال القلوب، وعلى هذا التقرير فلا ضمان على عمر المذكور لأن أصل المذهب أنّ مَن فعل ما يجوز له فعله في ملكه أو في ملك غيره بإذنه ولم يقصد ضررًا فلا ضمان عليه لما هلك به. وبهذا جاءت الرواية عن الإمام مالك في طريق ابن القاسم -رضي الله تعالى عنهما- ولم يحْكِ أشياخ المذهب في ذلك خلافًا أمّا أنه فعل ما يجوز له فَلِمَا مرّ، وأما أنه لم يقصد ضررًا فكذلك. والله تعالى أعلم، وبه التوفيق.

تذييل، قولي: إذا تقدم هدم القوس دون غيره فهو قرينة تُصدّق عمر في أن الحجر المَرْمي من الحجارة المُزالة وجه دلالة هذه القرينة على ما ذُكر هو عدم تقدّم هدم هنالك في غير القوس حتى يكون الحجر المرمي مظنَّة لكونه من هدم آخر غير هدم القوس. فإذا كان لا هدم هنالك إلاّ في القوس فلا أحجار مُلْقاة إلاّ من أحجاره التي يملكها عمر. فرمْيُه حينئذ واقعٌ على الحجر الذي يملكه لا على حجر يملكه غيره والقرائن والأمارات عاملة. قال القاضي برهان الدين بن فرحون في أول الفصل الأول من الباب السبعين من تبْصِرَته: عملَ بالقرائن والأمارات فقهاء الطوائف الأربعة، ثم نقل عن القاضي ابن العربي لا خلاف في الحكم بها. وقول المدونة: لا يقضي القاضي ببينة الخ هو في سرقتها. ابن ناجي في الورقة الرابعة عشرة من سرقة كبيره: حمل الناس على الجرحة حتى تثبت العدالة. وقال أبو حنيفة: محمولون على العدالة. واختار ابن عبد البر وجماعة حمل حَمَلَة العلم على العدالة وهو [98 أ] الأصل فيهم حتى يتبين خلافه. لقوله -صلى الله عليه وسلم تسليما- (يَحْمِل هذا الدين من كل خَلَفٍ عدوله) فمالك -رضي الله تعالى عنه- يقول للمشهود له: دونك فَزَكِّ. وأبو حنيفة -رضي الله تعالى عنه- يقول للمشهود عليه: دُونَك فَجَرِّحْ.

ثم قال ابن ناجي: وظاهر قوله وإن لم يطعن فيهم الخصم أنه لو عَدَّلهم المشهود عليه أنه يحكم عليه كإقراره بحق عليه وهو كذلك، انتهى. ووقع في الورقة الرابعة والعشرين من أقضية البرزلي عَزْوُ قول الحنفي للشافعي قال: فأجاز شهادة المستور والمجهول، انتهى. وفي أول شهادات وثائق الفشتالي ما نصّه: الناس إمَّا معروف بالعدالة وإما معروف بالجرحة وأما مجهول الحال. فالأول يُحْكَم بشهادته بعد الإعذار فيه، والثاني لا تجوز شهادته إلاّ بعد التوبة، والثالث يتوقف في شهادته

حتى يُسأل عنه وهو محمول على الجرحة على المشهور حتى يعدّل فذكر وثيقة التعديل، اعرفه فيه، وقول الشامل وقع في خامسة شهاداته.

وقولي: ولا يُحمل الرامي المذكور على العداء في رمْيِه لأن مدّعي العداء مدَّع فعليه البيان، إذا كان مدّعي العداء مدّعيا عليه البيان فلازمُ ذلك أن يكون مدّعي عدم العداء -وهو عمر- مُدّعًى عليه، ولا يكون مدّعى عليه إلاّ إذا كان قوله على وفق أصلٍ، وذلك الأصل هو عدم العداء.

اعرف المدعى عليه مَن كان قوله على وفق أصل أوْ عُرْفٍ. مَرَّ بحقيقته في الورقة الحادية والسبعين ومائة، وفي الورقة التاسعة ومائة. فإذا كان الأصل عدم العداء فذلك سواء جعل هذا البحث من باب ما أصله الائتمان وعدم الضمان أو من باب ما أصله الضمان. فأما باب ما أصله الائتمان وعدم الضمان كالراعي ومكتري الدابّة ففي أواسط الجعْل والإجارة من كبير ابن ناجي في قولها: ولا ضمان على الرعاة إلاّ في ما تَعدَّوْا فيه أو فرّطوا ما نصّه: ظاهرها أنه محمول على عدم التعدي والتفريط، وهو كذلك خلافا لابن زرب. وسمعت أن شيخنا الزعبي حكم في ولايته بالقيروان بقول ابن زرب وذكر العمل عليه. والعمل عند شيخنا البرزلي وشيخنا الغبريني بتونس على ما دلّ عليه قولها. وبه حكمتُ في ولايتي كلّها عملاً بما ذكرتُه. ويقوم من قولها إن المكتري كالراعي فلا يضمن إلاّ ما تعدّى فيه أو فرّط، واستحسنه شيخنا الغبريني انتهى مختصرًا. وكرر مسألة مكتري الدابة والراعي في الورقة الخامسة عشرة من رواحل كبيره تكررتْ هنالك في متْنِها ونصّه مختصرًا: قال المغربي تقدم أنه محمول على غير العداء حتى يثبت العداء وهو معنى ما في المدونة.

وقال ابن زرب: الراعي محمول على العداء حتى يتبيّن خلافه. وفي كتاب ابن وضاح للراعي رمْيُها ولا شيء عليه ولا ضمان. وكذلك راكب الدابة يركبها فيضربها فتعطب فلا ضمان عليه، وهو خلاف قول ابن زرب وما ذكره ابن زرب ضعيف لقولها في الجعل والإجارة لا ضمان على الرُّعاة [98 ب] إلاّ في ما تعدّوا فيه أو فرَّطوا كان الراعي خاصا برجل أو عامًا للناس وبهذا جرت الفتوى عندنا، انتهى. وأمّا باب ما أصله الضمان كالصانع ففي أول صناع كبير الشيخ ابن ناجي ما نصه: في الموازية والعتبية إن ادّعى رب اللّؤلُؤة تعدّي الصانع في ثقْبِها فهو مدّع، وكذلك كل صاحب صنعة. ابن ناجي: هو في العتبية لأصبغ ورواه ابن حبيب في قرْض الفأر ونخس السوس إن ادّعي رب الثوب تضييع القَصَّار فهو مدّع. واختار شيخنا الغبريني في احتراق الخبز القول الأول إلاّ أنه محمول على التفريط، والصواب عندي الثاني لغلبة النار، انتهى.

قلت: جعله ربّ المصنوع مدّعيا يقتضي قطعًا أن البينة عليه وأنّ الصانع مدّعًى عليه فعليه اليمين، وما ذاك إلاّ مصاحبة الصانع الأصل المذكور وهو عدم التعدي لأن القاعدة أنّ « المدّعى عليه مَن كان قوله على وفق أصْلٍ أو عُرْفٍ » اعرف ذلك مرّ في الورقة الحادية والسبعين ومائة وفي الورقة التاسعة ومائة. قولي: وكذا لا يحمل على قصده الضرر برمْيه لأن الأصل عدم الضرر، ضمير رمْيِه المنصوب المحلّ المضاف إليه رمي عائد على الحجر المرمي، وفاعل الرمي محذوف عائد على الرامي، وإنما لا يُحمل على قصد الرامي الضرر بِرمْيِه المذكور، لأنه إذا كان الأصل عدم الضرر كان الأصل عدم القصد إليه، دليله أنّ الضرر أعمّ من القصد إليه. والقاعدة أنّ « نفي الأعم وعدمه يستلزم نَفْي الأخصّ وعدمه بخلاف العكس » اعرفه في القاعدة الرابعة والعشرين

من القواعد الأصولية من ترتيب القواعد والفروق في الورقة الخامسة والأربعين منه وهذا الأصل وهو عدم الضرر ذكره في الورقة التاسعة والثلاثين ومائة من التذكير.

قولي: ولأن قصده إياه لم يظهر له وجهٌ إذ لا قرينة تدلّ عليه ولا نائرة عداوة بين عمر رامي الحجر ومحمد مطير الساقط من السطح. وقولي: ويتعذر ثبوته لأنه من أعمال القلوب، أي وإذا كان من أعمال القلوب، فكيف يحصل علمه لمن شهد به عليه حتى يثبت بالبينة. الشيخ ابن الحاجب في فصل الوضوء: النية هي القصد إليه. التوضيح: قال المازري محل النية القلب عند أكثر المشرعين وأقل الفلاسفة، انتهى. الشيخ ابن السبكي: والأصحّ وقوع كل من الرَّدِيفيْن مكان الآخر إن لم يكن تعبُّدًا بلفظه. قولي: وعلى هذا التقرير فلا ضمان على محمد المذكور لأن أصل المذهب أنَّ مَن فَعَل ما يجوز له فعله في ملكه أو في ملك غيره بإذنه ولم يقصد ضررًا فلا ضمان عليه لِمَا هلك به إنما جعلتُه أصل المذهب لأنه نصّ غير واحد من شيوخه، فمنْه ما في أول باب الجراح من الشامل حيث قال: مُوجِب القَود قتل العمد وهو قصد الضارب إلى الضرب بما يقتل مثله وإن لم يقصد القتل على المشهور بمباشرة أو بسبب فبدأ بالمباشرة فاستوفى مباحثها وأردفها بقوله: والسبب كحفر بئرٍ أو وضع سيفٍ أو سكينٍ أو مُزْلقٍ كزئبَقٍ أو قِشْر بطيخ قصد الضرر فإن [99 أ] هلك المقصودٌ فالقَوَد إن تكافيا أو المقتول أرفع وإلاّ فالديّة ثم قال: ولو فعل ما يجوز له ولم يقصد ضررًا فلا ضمان كحفر بئر أو سربٍ للماء في أرضه أو داره لضرورة أو رشٍّ تبرُّدًا وتَنَظّفًا، انتهى.

وعمر في النازلة لم يقصد ضررًا للأصل المذكور ولم يثبت خلافه وفَعَل ما يجوز له لأنه ألقى حجرًا مِن حجاره المهدومة من قوسه ليُهَيّأها

للحمل مع غيرها من الحجارة المذكورة حسبما ذكر في السؤال، ومرّ الدليل عليه في صدر الجواب. وفعله وهو إنزاله القرى وهدم القوس المشترى ونقل أحجاره مأذونٌ فيه مِن ربّ الدار، فبالإذن صار كفعْلِه ذلك في دار نفسه حسبما ذكره معزوًا لرواية ابن القاسم -رحمة الله تعالى عليه- من نقل الشيخ ابن عرفة عند قولي: وبهذا جاءت الرواية الخ، وأذن رب الدار في ذلك مذكور في السؤال.

الشيخ ابن عرفة -رحمه الله تعالى- في ثانية جراحه ما نَصّه: والسبب بفعل إنْ قصدَ به قتْل معيَّن فمات به يوجب القود، وإن قصد به غير معيَّن فالدية في ماله إن قتل المقصود وغيره على العاقلة، وإن قصد به حفظ المال بمحل معجوز عنه فحط ما بلغ من دم الحر ثلث الدية على عاقلته وما سواه في ماله. وفي دياتها: مَن وضع سيفًا بطريق المسلمين أو بموْضِع لقتل رجلٍ فعطب به الرجل قُتِل به، وإن عطب به غيره فديته على عاقلته. ونقلَه الشيخ والباجي عن المجموعة دونها مرجوح. وفي ثاني حجّها وهو في التهذيب في ثالثه. قال مالك: من حفر بئرًا في منزله للسارق أو عمل به ما يقتله فمات ضَمِن دِيته، وكذا إن وقع به غيره، ومثله في دياتها. أبو إبراهيم: إن قصد بهذا قُتل إنسان بعينه قُتل به، وفي غيره: ديته على العاقلة كقولها في مسألة السيف وهي دليل للباب كله.

قلت: ونص آخر ديات التهذيب: وإن حفر حفيرًا في داره أو جعل حبالة ليعطب بها سارقًا فعطب بها السارق أو غيره فهو ضامن لذلك. كبير ابن ناجي: لو قصد بها قتل إنسان بعينه قُتِل به وإلاّ فالدية على عاقلته. قاله في مسألة السيف المذكورة في آخر الكتاب وهي دليل هذا الباب في مثل هذا كله، انتهى. قلت: انظر كيف ساقه كأنه مِن عنده وهو لأبي إبراهيم، وكثيرا ما يعترض على الشيخ المغربي في ما

يُقيمه مِن المدونة بكون شيخه أبي إبراهيم سبقه به بحيث لم يعْزُه إليه ويسوقه كأنه من عنده عليه فيه درك، فأين هو -أعني ابن ناجي- من هذا المرتكب عنده في هذه المسألة وكثيرا ما يفعل مثل ذلك في نقله كلام شيخه ابن عرفة؟ فالله تعالى يغفر للجميع.

واعرف ما يأتي في رواية ابن القاسم -رحمة الله تعالى عليه- في قولي: وبهذا جاءت الرواية من طريق ابن القاسم. ومن هذا الأصل الذي هو فعل ما يجوز لغير قصد ضرر أحدٍ ما وقع في ثانية سرقة البرزلي -رحمه الله تعالى-ونصه: سئل أبو عمْران عمن وضع حجرًا أعلى حائط ليصنع به شيئا يستره وشبه ذلك فيقعد قوم تحت الحائط [99 ب] فتهبّ ريح فتُسقِط حجرًا على أحد القاعدين فيقتله. فقال: إن كان الحائط على الطريق وموْضع ممرّ الناس فعلى عاقلة واضع الحجر فوق الحائط دية المقتول، وإن كان بعيدا عن الطريق وهي واسعة لا يمرّ الناس تحت الحائط لضيقه ولا يكون فاعل ذلك فعل ما لا يجوز له فلا ضمان عليه. ثم قال: وحُكِي عن الأبياني أنّ الدية في مال واضع الحجر على الطريق. أبو عمران: في مثل هذا قولان والصحيح ما في المختلطة ذلك على العاقلة كمسألة مَن وضع شيئا في موضع لا يجوز له فمات به إنسان. البرزلي: يريد أو حفَر بئرًا أو حفرة في موضع لا يجوز أو وضع سيفًا فالخلاف فيها من كتاب الحجّ الثالث والديات، انتهى.

قلت: قوله الحج الثالث والديات، يعني من التهذيب، والأولى في المدونة في الحج الثاني كما مرّ مِن عزْو الإمام ابن عرفة. واعرف بحث العاقلة في الورقة الثامنة والثلاثين ومائة من الجزء الثاني وفي الورقة السادسة والثلاثين ومائة من هذا الجزء السابع مرت. قولي: وبه جاءت الرواية عن الإمام مالك -رحمه الله تعالى- من طريق ابن القاسم -رضي الله تعالى عنه- في بحث السبب من ثانية جراح الشيخ

ابن عرفة -رحمه الله تعالى - ما نصه: روى ابن القاسم مَن فعَل ما يجوز له كمن حفر بئرًا بداره لغير ضرر أحدٍ أو بدار غيره بإذنه، أو رشّ فناءه تبردًا أو تنظّفا أو ربط كلب صيدٍ بداره أو في غنمه للسباع أو نصب حبالات للسباع أو وقف على دابته بطريق أو نزل عنها لحاجة أو وقفها بباب مسجد أو حمّام أو سوقٍ لم يضمن ما هلك بشيء من ذلك. وكذا إن أخرج رَوْشنًا من داره أو عسكرًا، انتهى. واعرف هذه الفروع كلها في فصل ضمان من صنع شيئا في الطريق في الورقة التاسعة والأربعين ومائتين من التبصرة. وإنما شرطتُ أنه لم يقصد ضررًا لما مرّ من كلام الشامل وهو يعني قوله هنا في الرواية لغير ضرر أحَدٍ، فاعرف ذلك.

وقولي: ولم يحك أشياخ المذهب في ذلك خلافا الإشارة إلى عدم الضمان حيث فعل ما يجوز له بغير ضرر أحدٍ، أي لا لقصد ضرر أحدٍ. والمراد بالأشياخ الشيخ ابن عرفة حيث نقل هذه الرواية والشيخ بهرام في شامله ودرج عليه في المختصر. وقولي: أما إن فعل ما يجوز له فلِمَا مَرّ أي من أن تصرّفه في ملكه وهو الحجر المرمي، ورمْيُه غير محمول على العداء، ومن أنّ تصرُّفَه في ملك غيره بإذنه وهو الدار المرْمِي فيها ذلك بإذن مالكها فهو كتصرفه في ملك نفسه للرواية وغيرها. وقولي: وأما أنه لم يقصد ضررًا فكذلك أي فلِمَا مَرّ من أن الأصل عدم الضرر، ومِن أنَّ عدم الأعمّ ونفيه يستلزم عدم الأخصّ ونفْيه بخلاف العكس، ومن أنّ قصده للضرر لم يظهر له وجه من نائرة عداوة بينه وبين محمد مطير ولتعذّر ثبوت القصد لأنه عملٌ قلبي حسبما قرّرتُ ذلك كله بما لا مزيد عليه.

الحمد لله، سألني التاجر مسعود الغرياني في عشية الجمعة [100 أ] سابع عشر شوال عام واحد وألف [1001 هـ / 17 جويلية 1593 م] عن نسخة وكالة بعد افتتاحها: وكلّ محمد ابن الأمين مسعود الغرياني

والده المذكور ينوب عنه في أموره كلها وكافة شؤونه بالتفويض التام المطلق العام الداخل تحته كلّ شيء تصح فيه النيابة شرعًا. وجعل بيده حلّ العصمة عنه بما يراه وكيف شاء، ووكّله في حق ولده الصغير السن في حجره محمد بمثل التوكيل المذكور، وأوصاه عليه بعد وفاته بمثل ذلك. مؤرخ بأواخر جمادى الأولى واحد وألف [1001 هـ / أوائل مارس 1593 م] بمعرفته.

ونص السؤال بعد افتتاحه: جوابكم بعد تأمّلكم من نسخة الرسم المقيّد أعلاه وذلك أنّ زوجة محمد الموكّل المذكور بعد سفره المذكور لم تقع معاشرة بينها وبين والده مسعود المذكور فحلف مسعود لا بد من خروجها من داره ولا بقيت نُعَاشِرها إلاّ أن يقدم زوجها، فأخرجها من الدار. فهل يلزم مسعود الوالد المذكور نفقة وإسكان للزوجة المذكورة والحالة أن ولده وهو زوجها الغائب لم يترك عنده قليلا ولا كثيرا؟ والسلام.

فأجبت بما نصه بعد افتتاحه: إذا كان الأمر كما ذكر فلا يلزم الوالد وهو الأمين مسعود المذكور إنفاق ولا إسكان لزوجة ولده الغائب المذكور لأنها ليست بزوجة الأب. وكلام أهل المذهب إنما هو في زوجة الأب الفقير. والله تعالى أعلم، وبه التوفيق.

تذييل، أما زوجة الأب الفقير المحتاج إلى النكاح ففي آخر ستورها وينفق على امرأة واحدة لأبيه. ابن ناجي في الصغير: ما ذكره المشهور، وأما ولد الولد فلم يستدْع السائل الجواب عن نفقته لكن أردتُ به تتميم الفائدة. ففي ستورها أيضا: ولا تلزم الجد نفقة ولد الولد كما لا تلزمهم نفقته. الشيخ المغربي في صغيره: قال الشافعي النفقة لازمة لعموديْ النسب، انتهى من المغربي. وفي الشامل: ولا نفقة جدّ وولد ابن. والله تعالى أعلم، وبه التوفيق.

الحمد لله، وقع سؤال من ساسي بن علي بو ظهير في أواخر شوال عام واحد وألف [1001 هـ / أواخر جويلية 1593 م] نصّه: بعد أن تُوفي علي بو ظهير فورثه زوجه أمة الرحمان بنت منصور البيرمي وولداه من غيرها القارئ ساسي ولطيفة لا غيرهم في علم من شهد به في غير هذا. قال الآن المقرئ ساسي المذكور متكلما في حق نفسه: إن محمد الفقهي كان له قَبِل والدي ديون لا أعلم الآن قدرها، وقد كان أبرأنا منها بعد وفاة والدي المذكور لخلوصه فيها الخلوص التام، حسبما ذلك في غير هذا بالشهادة العادلة. وكان قبل وفاة والدي طلب من والدي المذكور أن يدفع لسليمان بن عبادة من الديون المذكورة ثمانين دينارًا يعطيه بها زيتًا لتصير له ديْنًا عليه ويحاسب والدي بها من الديون المذكورة وقد فعل ذلك والدي ووافق عليه محمد الفقهي المذكور. وقد عزَبَ عني تاريخ ذلك. ثم إن والدي المذكور توفي قتيلاً بغتة كما هو في علْم كل أحدٍ ولم يخبرْ أحدًا مِن ورثته بشيء من ذلك. وأن محمد الفقهي المذكور استغفلنا إلى أن تخالصنا معه في الديون [100 ب] ولم يحاسِبْنا بالثمانين دينارا المذكورة، فأسأله الرجوع إلى الحق وأن ينتصف منّا. والجواب عن ذلك بالشهادة، شهد على إشهاده بذلك في الحال الجائزة أواسط شوال عام واحد وألف [1001 هـ / أواسط جويلية 1593 م] أبو يحيى الرصاع وعبد اللطيف السنوسي.

ونص الجواب بعد افتتاحه: قرئ السؤال المذكور أعلاه على الحاج محمد الفقهي المسؤول أعلاه فأقرّ بسماعه وفهمه. وأجاب بأن السائل ادَّعى أنه لا يعلم قدر الديون التي على أبيه لي وذكر الإبراء منها مني لهم بعد الخلوص فيها بالشهادة وأنه بيده، وهذا تناقض منه لا يُقبل أن يدّعِيَ عدم العلم في شيء خلص فيه بالشهادة بيده فيبين لي قدر الديون التي وقع فيها الخلوص بالإبراء مني، ويرفع على شاهدي تقييده هذا

ويحصر دعواه. شهد على إشهاده بذلك في الحالة الجائزة أواسط شوال عام واحد وألف [1001 هـ / أواسط جويلية 1593 م] عبد العزيز بن محمد بوالأوذان عُرِف ابن فتح الله وسالم الكيال.

ونص السؤال بعد افتتاحه: جوابكم بعد تأمّلكم من نسخة التقييد وجوابه، هل يلزم السائل بيان ما طلب منه المسؤول؟ وذكر السائل أنّ الإبراء عامٌ فهل يلزمُه بيانٌ لما طلب المسؤول أم لا؟ والسلام.

فأجاب عنه الفقيه أحمد المسراتي بما نصه بعد افتتاحه: إذا كان الأمر كما ذكر فلا يلزم السائل المذكور بيان قدر الديون إذا ادَّعى جهل مقدارها، ولا تناقض في ذلك إذ الإبراء عام كما ذكره السائل فهو في الديون وغيرها، والعام لا إشعار له بأخص بعينه، وكذا لا يلزمه حصر دعواه لأن الدعوى إذا ادّعى المدّعي من سبب ميراث لا يلزمه فيها حصر الدعوى، لأن المواريث لا يُحَاط بها. قاله المتيطي وغيره. والله تعالى أعلم.

وعطف عليه الفقيه عبد الملك الكركوري بما نصّه: الحمد لله، ما أجاب به الشيخ المفتي -حفظه الله تعالى- ضمنًا أنّ الإبراء العام الشامل للمعلوم والمجهول يصحّ ولا يضرّ السائل ادعاء الجهل في النازلة ولا يلزمه البيان، كما أنه لا يلزمه حصْر الدعوى لما ذكره. بمثله أُجيب. والله تعالى أعلم.

وسألني صاحبه العطف فيه فكتبتُ تلو ذلك ما نصّه: الحمد لله، قول الطالب: لا نعلم الآن قدر الديون، وقوله كان رب الديون خلص فيها وأبرأ منها لا تناقض بينهما لأن شرط التناقض عشر وحدات، منها وحْدة الزمان والزمان فيهما غير متحد لأن عدم العلم مقيد بالآن والخلوص والإبراء مقيّد بكان فأين التناقض؟ بل لا تناقض فيه. ثم قول

الطالب: كان المقيد المطلوب عليه أُبْرِئَ من ديونه وخلص فيها لم يقيده بالشهادة بيده، فكيف يقول شَهِيدَا المطلوب إن الطالب ادّعى الخلوص بالشهادة بيده؟ فقد قَوَّلاَه ما لم يقلْ ولعل رسم الإبراء والخلوص استقر عند غيره من الورثة. ثم قول الطالب: كان المطلوب أُبْرِئَ من ديونه وخلص فيها، لا يلزم منه علمه بقدرها لقول المختصر: وإن أبرأ فلانًا مِمّا له قِبَله أو مِن كل حق أو أبرأه فقط بَرِئَ مطلقا. بهرام [101 أ] يريد أنّ مَن أَبْرَأَ شخصًا معيّنا مما له قِبَله من الديْن أو مما يدّعيه قِبَله أو أبرأه مِن كل حق له عليه، أو قال: أبرأتُ ذِمَّته فقط فإنه يبرأ مطلقا وليس له بعد ذلك مطالبة بوجه من الوجوه، انتهى.

فهذا تقرير عدم لزوم تبيين قدر الديون وما ذلك إلاّ لإمكان كون الرسم عند غيره من الورثة ولإمكان إبهام القدر في رسم الإبراء. وإبهامه غير مخلّ كما قد رأيتَ. وكون الثمانين دينارا من ميراثٍ مانعٌ من لزوم حصْر الدعوى فيها والرفع على شهيدي التقييد على مَن له في الرَّفْع منفعة فإذا لم يكن للطالب منفعة أو كانت له وترك حقّه فيها فلا يلزمه. فتلخّص من هذا أنه لا يلزم تبيين قدر الديْن المُبْرأ منه ولا حصْر الدعوى ولا الرَّفْع، وظهر أيضا أنه لا تناقض في دعوى المدّعي وأنه لم يقُلْ بيدي كما نَسَب إليه شهود المدّعى عليه المجيب في التقييد. والله تعالى أعلم، وبه التوفيق.

الحمد لله، سألني الحاج قاسم الشلي في أوائل ذي القعدة الحرام عام واحد وألف [1001 هـ / أواخر جويلية 1593 م] لأهل تِبسّة عن نسخة رسوم وسؤال بإثرها. نص الأول بعد افتتاحه: أعْمَر الفقيه سعيد ابن موسى بن عمر الياشي ولديْه موسى وأحمد بالسواء بينهما والذكور ممَّن يُخلّفانه من الأعقاب وأعقاب الأعقاب -ما تناسلوا- في جميع النصيب المنْفَرِز بالقسمة من جميع الجنّة مِن جنّات بلد تِبسّة بحومة

باب شالة، يحدّ النصيب كذا وكذا، بالحقوق والمنافع مع عصر ماءٍ من مياه عينَيْ البلد المذكور صفته كذا، مع عصر ماءٍ من مياه العينين المذكورتين صفته كذا، مع عصر ماء من مياه العينين المذكورتين صفته كذا، بحقوق الماء ومنافعه عمرى انتفاع واغتلال. ومن مات من ولديْه المذكورين ولم يخلّف عقبًا ذكرًا استغل الباقي منهما وعقبه بالإعمار على الوجه المذكور. وجعل كل طبقة تستغلّ بذلك دون من تحتها، لا يشارك في ذلك الأبناء الآباء. فإن انقرض الولدان والأعقاب رجع ذلك للفقراء من أقارب المعمّر وعقِبهم وعقب عقبهم على الوجه المذكور. فإن انقرضوا رجعتْ وقفًا على الجامع الأعظم بالبلد المذكور. مؤرخ بذي قعدة عام ثمانية وسبعين وسبعمائة [778 هـ / مارس-أفريل 1377 م] وبإذن المعمر لولده موسى في حوز الربع والماء المذكوريْن حوز مثله كما يجب له ولمن ذُكر. وجعل له أن يوكّل على ذلك مَن يراه متى شاء. وحضر موسى وقبل ذلك من والده المذكور ووكّل على حوْز ذلك وقبْضِه محمد ابن الحاج أحمد بن مساهل وفوّض له فيه في التاريخ المذكور.

ويليه عقد شهادتين وتحته رسم ثبوت مؤرخ بأوائل ذي القعدة عام ستة وعشرين وثمانمائة [826 هـ / أكتوبر-نوفمبر 1423 م] ويليه عقد شهادتين.

ونص الثاني بعد افتتاحه: أعْمَر محمد بن موسى بن عمر الياشي أولاده ثابت وعلي ومرزوق في جميع النصيب المنفرِز بالقسمة من الجنة ذات الأشجار من جنة بلد تبسّة بحومة باب شالة، يحدّه كذا وكذا مع جميع الرقعة التي تحدّ النصيب من شرقيه جوفية المفتح يحدّها كذا مع جميع [101 ب] الرقعة المعروفة بالمزعفر بحومة رأس العين، يحدّها كذا وكذا وإلى الشرق يفتح بابها مع جميع الماء المعلوم لشربهم

من مياه عيْنيْ البلد المذكور صفته كذا، مع عصرِ ثانِ صفته كذا، مع نصف عصر ماء في كذا صفته كذا، بحقوق الأماكن المذكورة ومائها ومنافعها[1]. مع جميع الداريْن بداخل البلد إحداهما قبلية الفتح يحدّها كذا وكذا، ويحدّ الثانية قبلة شارع وشرقًا سكة غير نافذة إليها بشرْع بابها كائنتين بحومة مسجد سدور، بالحقوق والمنافع أعْمَرهم في ذلك بالسواء والاعتدال، هم ومَن يخلفونه مِن بعدهم من أعقابهم وأعقاب أعقابهم الذكور دون الإناث، ما تناسلوا، بالانتفاع والاغتلال، ومن مات من أولاده ولم يخلّف عقبًا ذكرًا استقل الباقون منهم وعقبهم بالإعمار على الوجه المذكور. وجعل كل طبقة تستقلّ بذلك دون مَن تحتها لا يشارك في ذلك الأبناء الآباء، فإن انقرضوا ولا أعقاب لهم من الذكور رجع ذلك للفقراء من أقارب المعمّر ولعقبهم وعقب عقبهم على الوجه المذكور. وأذن لأولاده المذكورين في حوز العمرى المذكورة وحضَروا وحازُوا جميع الأماكن والمياه المذكورة بمعاينة شهوده حوزًا صحيحًا ظاهرًا مشهورًا. مؤرخ بشهر ربيع الأول عام تسعة وسبعين وسبعمائة [779 هـ / جويلية-أوت 1377 م] ويليه عقد شهادتين.

ونص الثالث بعد افتتاحه: أعْمَر محمد بن موسى بن عمر الياشي أولاده ثابت ومرزوق وعلي بالسواء والاعتدال بجميع النصيب المنفرز بالقسمة من جميع الجنة التي من جنات بلد تبسّة بحومة باب شالة يحدّه كذا وكذا مع ثلاثة أرباع عصر ماء من مياه عينيّ البلد المذكور في كذا صفته كذا مع نصف عصر في كذا صفته كذا. مع الرقعة ذات الأشجار من جنات البلد بحوْمة رأس العين المعروفة بالمزعْفَر، يحدّها كذا وكذا. مع الدار الشرقية الباب بداخل البلد بحومة مسجد سدور يحُدّها

1) وردت الجملة بالأصل: الأماكن المذكورين ومائهم ومنافعهم. والإصلاح مقترح.

كذا وكذا. مع الدار القبلية الباب بالحومة المذكورة يحدّها كذا وكذا. عمرى انتفاع واغتلال. ومن مات من أولاده المذكورين ولم يخلّف عقبًا ذكرًا استقلّ الباقي منهم وعقبه بالإعمار على الوجه المذكور. وجعل كل طبقة من طبقات أولاده. . . .[1]. تستقل بذلك دون مَن تحتها. لا يشارك في ذلك الأبناء الآباء فإن انقرض الأولاد والأعقاب رجع ذلك لأقْرب الناس بالمعمّر المذكور وعقبه وعقب عقبه على الوجه المذكور. فإن انقرضوا رجع ذلك وقفًا على الجامع الأعظم بالبلد المذكور. وأذن لولده ثابت المذكور أنْ يحوز ذلك عنه له ولأخويْه المذكوريْن، فحاز ذلك عنه حوزًا ظاهرًا كما يجب. شهد على إشهاد محمد وثابت بما عنهما فيه بحال صحة وطوع وجواز. وعرفهما بتاريخ ذي قعدة عام ثمانية وتسعين وسبعمائة [798 هـ / أوت-سبتمبر 1396 م] ويليه عقد شهادتين، وتحته رسم ثبوت مؤرخ بأوائل جمادى الأولى عام عشرين وثمانمائة [820 هـ / أواسط جوان 1417 م] يليه [102 أ] عقد شهادتين أيضا.

ونص الرابع بعد افتتاحه: حبّس محمد بن موسى بن عمر بن سعيد ابن سلطان على أولاده الثلاثة ثابت ومرزوق وعلي بينهم بالاعتدال وعلى أعقابهم وأعقاب أعقابهم الذكور دون الإناث. فإن عدم أحدهم دون عقبٍ فكان نصيبه أن يكون له العقب منهم جميع النصيب المفرز من الجنةً ذات الأشجار بخارج بلد تبسّة بقرب باب شالة يحد النصيب المذكور كذا وكذا مع ثلاثة أرباع العصر ماء في موضع كذا صفته كذا، مع عصر ماء في موضع كذا ونصف عصر في موضع كذا صفة ذلك كذا. مع الجنة ذات الأشجار بقرب عيْن النساء يحدّها كذا وكذا مع شربها من ماء عين النبّاعة. وأذن لولده ثابت أن يحوز ذلك له ولأخويه

1) بياض بمقدار كلمتين بالأصل.

المذكوريْن فحاز عنه ذلك حوْزًا كما يجب. شهد على إشهاده بذلك وهو بحال صحة وطوع وجواز أمر وعرفه بتاريخ تقدم. وتأخّر الكتب والإشهاد فيه لذي القعدة من عام ثلاثة وسبعين وسبعمائة [773 هـ / ماي 1372 م].

وفي إشهاد محمد المذكور أنه حبّس على أولاده الذكور وعلى أخواتهم أمة الأخوة وأمة السَّعد جميع الدار الشرقية الباب بداخل البلد بحومة حارة سدور وهي دار سنكى محمد المذكور على نحو التحبيس المذكور. فحبّس على أمة الإخوة وأمة السعد ما دامتا بالحياة إن احتاجتا إلى سكنى الدار المذكورة. شهد على إشهاده بذلك وهو بعين لا وَصْف في التاريخ. ويلي هذا عقد شهادتين.

ونص الخامس بعد افتتاحه: هذا حبُسٌ صدقةٌ عقَده محمد بن موسى ابن عمر على أولاده ثابت ومرزوق وعلي بالسواء بينهم والاعتدال في جميع النصيب المفرز من الجنة ذات الأشجار بخارج بلد تبسّة بحومة باب شالة، مع الخمس حوانيت المستخرجة من الجنة المذكورة، يحدّ النصيب المذكور كذا وكذا، مع ثلاثة أرباع العصر ماء من مياه عينيْ البلد المذكور في موضع كذا صفته كذا مع عصر ماء من مياه العينيْن في موضع كذا صفته كذا، مع نصف عصر ماء من مياه العينين في موضع كذا صفته كذا. حبسٌ صدقةٌ عقَده محمد المذكور وهو بحال صحة وطوع وجواز أمر لأولاده الثلاثة المذكورين ثم على أعقابهم وعلى أعقاب أعقابهم الذكور. فإن عُدِم أحدهم عن غير عقب رجع ذلك لمن له العقب منهم. فإن انقرض الأولاد المذكورون عن غير عقب رجع ذلك لأقرب الناس إليهم بالنسب والميراث. فإن انقرضوا كلهم رجع ذلك للجامع الأعظم بالبلد المذكور. وأذِنَ لولده ثابت المذكور أن يحوز ذلك عنه له ولأخويْه المذكوريْن. فحاز عنه ذلك حوزًا كما

يجب. شهد على إشهاد محمد وثابت المذكوريْن بما عنهما فيه وهما بحال صحة وطوع وجوازِ أمرٍ وعرفهما بتاريخ تقدّم. وتأخر الكتب والإشهاد لجمادى الأولى عام سبعة وتسعين وسبعمائة [797 هـ / فيفري-مارس 1355 م] ويلي ذلك عقد شهادتين.

ونص السؤال بعد افتتاحه: جوابكم بعد تأملكم مِن هذه النُّسَخ المسطورة أعلاه والحالة أن الرسم الأول خلا عن الحوز [102 ب] بالكلية، والرسم الثاني خلا عن القبول، ووقع الحوز فيه بالمعاينة، والرسم الثالث خلا عن القبول وخلا عن معاينة الحوز غير أنه قال: حوزًا ظاهرًا كما يجب. وإن قلتم يكفي قوله حوزًا ظاهرًا كما يجب، فهو في حق ثابت وأخويْه دون حق الأعقاب والمرجع، والرسم الرابع خلا عن القبول لجميع المحبَّس عليهم وعن معاينة الحوز في حق الأولاد والبنتيْن والأعقاب وعن إخلاء دار السكنى. وأفرد ضمير المشهود عليه فلا يُدرَى هل هو المحبّس أو الحائز الذي قال فيه حاز حوزًا ظاهرًا؟ والرسم الخامس خلا عن القبول وعن معاينة الحوز المذكور فيه وهو لثابت وأخويْه وعن حوز للأعقاب والمرجع.

والحالة أيضا أن شهادات الشهود في العقود المذكورة كلّها لم يُوجد في بلدهم مَن يعرف تلك الشهادة ولا من يرفع عليها لانقراض الناس لبعد التاريخ وطول المدة كما ترونه في تواريخها. وكذلك شهادات شهود الثبوت في عمرى سعيد المصدّر بنسختها وفي عمرى محمد المنسوخة ثانيا لم يكن مَن يعرف عقدهم لطول المدة. فهل العقود المذكورة صحيحة عاملة والحالة ما ذكر ويصحّ أن يحكم القاضي بصحتها بدون رفع على شهودها ودون معرفة عقود مَن هي؟ أو هي غير صحيحة ولا يصح الحكم بها والحالة ما ذُكِر؟ جوابكم عن ذلك فصلا فصلا، تؤجرون، والسلام.

فأجبت بما نصّه بعد افتتاحه: تصفّحتُ النُّسخ والسؤال المسطورة أعلاه. وإذا كان الأمر كما ذكر فحاصل ما وقع السؤال عنه فصْلان الأول صحة العقود من فسادها والثاني صحة الحكم بها من فساده.

فأما الفصل الأول فالجواب عنه أنّ الأصول المذكورة نُسَخُها باطلة غير صحيحة لوجوه: الأول خلوّها عن قبول الأعيان المذكورين فيها لهم ولمن ذكر معهم مِن عقِب ومرجع أو يَقْبلها لهم مَنْ ينوب عنهم نيابة شرعية، والقبول جزء العقد، لأن العقدَ جُزْءاه الإيجاب والقبول في سائر العقود على الإطلاق. والذي به الفتوى أنه لا بدّ من قبول المعيّن الأهل وموسى وأحمد وثابت ومرزوق وعلي كلهم مِن باب المعيّن الأهل، وقبول موسى في الرسم الأول مطلق لا يعمّ القبول لجميع الطبقات من أعيان وأعقاب ومرجع، بل يُقتصر فيه على فرد فيحمل على قبوله لنفسه فقط، لأن الأصل أنّ المتصرف إنما يتصرّف لنفسه حتى يدلّ دليل على أنه تصرّف لغيره، وإذا تبيّن أنّ القبول جزء العقد فقد اختلّ العقد لفقده، لأن الماهية تنهدم بعُدْم جزء منها كما تنعدم بعدم جميع أجزائها.

والوجه الثاني خلوّها عن الحوز الشرعي من الأعيان المذكورين في الرسوم لهم ولمن ذُكِر معهم مِن عقِب ومرجع أو ممن ينوب عنهم نيابة شرعية والحوز شرطٌ. قال في الشامل: وشرطُه حوْزُه عن واقِفِه بمعاينة بيّنة قَبْل فلسه وموته ومرض موته وإلاّ بطلَ. والعمرى المعقبة التي لها مرجع كمراجع الأحباس حكمها حكم الأحباس. والشرط يلزم مِن عدمه عدم المشروط. وفي نهاية [103 أ] التحصيل: لا يُقضَى بالحيازة إلاّ بمعاينة بينة. هذا هو المشهور وبه العمل فلا بد من معاينة البينة لحوزه، ويختص حبس دار السكنى بمبطل ثالث. قال الشيخ المتيطي: مذهب مالك -رضي الله تعالى عنه- أن الحبس في الصحة

لا يتمّ إلاّ أن يُحاز في صحة معطيه وجواز أمره. ولا يُنتفع بذكر الحيازة في العقد حتى تُعاين البيّنة الحوز فإن كان المحبّس ساكنًا في الدار لم تتم حيازتها إلاّ أن يُخليها وينتقل عنها ويعاينها الشهود خالية، انتهى. والحوز مفقود من الرسم الأول بالكلية والمعاينة مفقودة من الرسوم المنسوخة ما عدى الثاني.

وأما الثاني فبَطَل بفقْد القبول والحوز ولا يستلزمه عند ابن القاسم خلافا لأشهب. على أن الحوز المذكور في الرسم الثاني مطلَقٌ يصْدُق بصورةٍ من صُور مَحامله، ولا يعمّ الحوز للأعقاب والمرجع -كما مرّ- في القبول المطلق في الرسم الأول. وقولهم في الرسم الثالث: حوزًا ظاهرًا كما يجب، وفي الرابع والخامس: حوزًا كما يجب، باطلٌ لوجوه منها ما مرَّ مِن شرط معاينته على المشهور وبه العمل وهو مذهب مالك. ومنها أن ذلك اللفظ لفظٌ مُجْمَل في ما يصحّ وهو المعاينة وفي ما لا يصحّ وهو فقدها. وأصل ابن القاسم -رضي الله تعالى عنه- أن العقد المحتمِلَ للصحة والفساد يُحْمَل على الفساد وهو المشهور. ومنها أن الشاهد باللفظ المجمل إذا لم يكن عالمًا بما تصحّ به الشهادة وما لا تصح فلا تُقبل شهادته بذلك المجمل إلاّ بعد تفسيرها وبيانها. قاله في المقدمات. قال الشيخ الطرابلسي: وهو التحقيق والظاهر. وشهود النازلة مجاهيل حسبما ذكره السائل فلا يُدْرى حالهم في معرفتهم ما يصحّح الشهادة وما يبطلها، على أنّ توثيقهم دلّ على جهلهم حيث أخلّوا بذكر المعاينة وهي شرط في صحة الحوز على المشهور وبه العمل، وحيث قالوا في الرسم الثاني لشربهم والأماكن المذكورة ومائهم ومنافعهم واستقل الباقون. وفي الثالث الباقي منهما وأعقابهما وانقرض الأولاد، وفي الرابع بينهما وإن عدم أحدهما وعلى أخواتهم، وفي الخامس فإن انقرض الأولاد المذكورون.

وإذا تبين كون الشهود جاهلين بما ذكر فلا تُقبل شهادتهم بالحوْز المجْمَل في معاينة ودونها. وإذا كان الحوز المشار إليه بقولهم حوزًا ظاهرًا كما يجب باطلاً شرعًا صار معدوما شرعا. والقاعدة أنّ « المعدوم شرعا كالمعدوم حسًا » ويختص حق الأعقاب الذكور والمرجع بزيادة مبطل رابع وهو كون القبول والحوز في حقهم مفقودًا بالكلية إذ لم يقع في شيء من الرسوم المذكورة تصريحٌ بقبولٍ لهم ولا حوزٍ كذلك أصلا. فلو سُلِّم القبول في الرسم الأول والحوز بالمعاينة في الرسم الثاني فإن الأعيان وهم الأولاد الأربعة قد انقرضوا الآن قطعًا بدليل بُعْد التاريخ. والمستحقّ الآن إما أعقاب -إن كان هنالك أعقاب- وإما مرجع وكلاهما خلَتْ جميع العقود عن قَبول وعن حوْز في حقهم. وهذا ما لا إشكال فيه بوجه. وكذلك لو سُلِّم الحوز الخليّ [103 ب] عن المعاينة في جميع العقود فهو في حق الأعقاب والمرجع مفقود أيضا. فهذه أربعة مبطلات الأول والثاني في جميع العقود وفي حق جميع العقود عليهم والمبطل الثالث في دار السكنى والمبطل الرابع في حق الأعقاب والمرجع وهم الآن المستحقون.

ويختص الرسم الرابع بمبطلٍ خامس وهو إفراد ضمير المشهود عليه في قوله: شهد على إشهاده بذلك فقد سبق قوله بحبس وحائز فإن أعيد الضمير المفرد على أقرب مذكور وهو الحائز خلا العقد عن إشهاد على العاقد فسقط العقد من أصله. وإن أعيد على أبعد مذكور وهو العاقد فقد خلا العقد عن شهادة على الحوز بالكلية ويختصّ ما تكرر العقد فيه من الأملاك بمبطل سادسٍ لأن العقد المتكرر في ملك معيّن عاقد معيّنٌ ساقط الاعتبار.

وأما الفصل الثاني فالجواب عنه أن حكْم القاضي بصحة الرسوم المذكورة لا يصحّ لوجهين: أحدهما عدم مَن يعرف شهادات شهودها

ويميز خطوطهم حسبما صرَّح به في السؤال فصار الشهود الواضعون لتلك الشهادات مجهولين وأصل مالك -رضي الله تعالى عنه- أن شهادة المجاهيل لا يُعمل عليها، قاله الشيخ البرزلي، ووقع للشيخ أبي عبد الله الفشتالي: لا يجوز أن يحكم القاضي إلاّ بشهادة معروف. وقال الشيخ ابن راشد: خط الشاهد الميت لا بدّ أن يعرفه مَن يشهد عليه ويقول إنه خط فلان وأنه كان حين إيقاع شهادته المذكورة بوسم العدالة وقبول الشهادة إلى أن توفي. على هذا جرى عمل القضاة. ونقل الشيخ ابن عرفة عن القاضي ابن الحاج -رحمهما الله تعالى- أن شهادة مَن لم تُعرف عدالته مردودة، انتهى. فما بالك بشهادة مَن لم يُعرف بعدالة ولا بغيرها ولم يُعْرَف خطه المنسوب إليه.

ثانيهما ما أفتى به القاضي أبو الوليد بن رشد -رحمه الله تعالى- أنه لا يُقضَى بالحبس إلاّ بعد إثبات التحبيس وملك المحبّس لما حبَّسه يوم التحبيس، انتهى. وإثبات التحبيس في النازلة متعذّر لأنه لا يثبت إلاّ بعد الرفع على شهادات شهوده. والفرق أن شهاداتهم غير معروفة ولا معروف مَن هي منسوبة إليه، وإثبات الملك للحبس في النازلة متعذّر أيضا لبعد تواريخها وانقراض الناس حسبما ذكره السائل.

وحاصل الجواب في هذه النازلة أن العقود كلها غير عاملة ولا يصحّ القضاء بصحتها. والله تعالى أعلم، وبه التوفيق.

تذييل، قولي: والقبول جزء العقد الخ هذا كلام الشيخ الجد - رحمه الله تعالى- في بحث الصيغة من نكاح مختصره الفقهي ونصه: الصيغة الإيجاب والقبول وذلك هو عين العقد. ثم قال فالعقد سبب نقل الملك والإباحة قطعا وجزآه الإيجاب والقبول في النكاح وفي سائر العقود على الإطلاق واعرف ما مرّ في الورقة الثانية والخمسين من هذا الجزء، وما في الورقة الثامنة ومائتين من الجزء السادس.

وقولي: والذي به الفتوى الخ جعلْتُه به الفتوى [104 أ] لدرج المختصر عليه ومثله وقع في وقف الشامل بقوله: ويشترط قبول الموقوف عليه، إن كان معينا أصلاً لا كالفقراء وأقيم لصغير وسفيه مَن يقبل كهبة وصدقة، انتهى. ولم يذكر فيه خلافا مع اعتنائه بضبط الخلاف واستيفائه إن كان. واعرف ما في الورقة السابعة ومائتين من الجزء السادس، ففيها كلام المختصر في القبول وكلام شرحه الوسط وكلام الشامل أيضا.

وقولي: وقبول موسى في الرسم الأول مطلق لا يعمّ القبول لجميع الطبقات الخ، إنما كان مطلقًا لأنه فعل في سياق الثبوت. قال في الفصل الثاني من باب القياس من شرح مختصر المحصول في الورقة التاسعة والأربعين ومائة منه: الفعل في سياق الثبوت مطلق لا عموم فيه فيتناول مطلق مسماه. وقال في آخر الفصل السادس من الباب الأول في الورقة السابعة عشرة ما نصّه: الموضوع للكلّي مطلق فلا يكون عامًا بل يُكتفى فيه بما يصدق فيه المشترك. ثم قال: المطلق لا يتتبَّع في مَحَالّه بل يقتصر به على فرد. انتهى موضع الحاجة منه. قلت: قوله يُكتفَى فيه بما يصْدُق فيه المشترك يعني يُكتفَى في حمله بفرد كما يُكتفَى في المشترك بصدْقه على فردٍ فإنّه يُكتفَى فيه بحمْله على فردٍ كالعين يصدق بصورة من صُوَره فإذا قلت رأيت عينا يصدق بفرد من أفراده إما الجارية وإما الباصرة وإما أحد النقديْن وإما عين الركبة، ولا يُحمل على عموم مسماه للفرق بينه وبين اللفظ العام. قال في القاعدة الأولى من قواعد العموم والخصوص من ترتيب القواعد والفروق في الورقة التاسعة والأربعين ما نصّه: والمشترك يحصُل بفرد من أفراده. انتهى ما يَمسّ منه.

قولي: فيُحمَل على قبوله لنفسه فقط لأن الأصل أنّ المتصرف الخ دليلي على هذا الأصل قول الشيخ المغربي في غصب كبيره: إن اليد في الغالب إنما تكسب لنفسها. ونقله الشيخ ابن ناجي في خامسة غصب

كبيره ومن ثم كان الغالب أن المتولي للبيع هو المالك فيحمل في بيعه على أنه مالك المبيع غالبا لا أنه بائع لغيره بالوكالة أو غيرها هكذا في خامسة نقيصة الشامل ومذهب ابن القاسم الحكم للغالب لا للنادر.

قولي: لأن الماهية تنعدم بعدم جزءٍ منها كما تنعدم بعدم جميع أجزائها. هذا الكلام وقع بلفظه في القاعدة الثانية عشرة من القواعد الأصولية في الورقة الخامسة والثلاثين من ترتيب القواعد والفروق، وقيّده هناك بالماهية المركبة، وهو تقييد صحيح لأن الجزء إنما يتصوَّر للمركب وأما الماهية البسيطة فلا جزء لها حتى تنعدم بانعدامه وإنما لم نقيّده في الجواب كما قيَّده اكتفاءً عن ذلك بذكر الجزأين لماهية العقد وهما الإيجاب والقبول. فعُلِم مِن ذلك أن كلامي في ماهية مركبة فاعرفه، فإذا انعدم جزء منهما انعدمت ماهية العقد عملاً بهذه القاعدة والقبول في العمرى كالقبول في الوقف وفي الهبة فهو ركن كذلك لأن العمرى هبة منافع المملوك حسبما يأتي الآن. والهبة [104 ب] كالوقف في ركنية القبول -على ما مرّ في قول الشامل- كهبة وصدقة وكسائر العقود في قول الشيخ الجد في النكاح وكذا سائر العقود على الإطلاق فتدبّر ذلك. واعرف القبول في الهبة خصوصا نصًا في الورقة الثانية والخمسين مرّت من هذا الجزء. وقول الشامل وشرط الوقف حوْزه عن واقفه بمعاينة بينة قبل فَلَسِه وموته ومرض موته وإلاّ بَطل. فقوله: وإلاّ بطل هو نقيض الشرط في قوله: حوْزه الخ أي وإن لم يحزْ عنه قبل ما ذكر بطل.

وقولي: والعمرى المعقّبة التي لها مرجع كمراجع الأحباس حكمها حكم الأحباس هذا جواب عن سؤال يرد وهو أن يُقَال: ما ذكرته من شرط الحوز كنيته هو في الأحباس وهذه الرسوم المسؤول عنها فيها عمرات. فأجبتُ بأن العمرى الخ وما ذكرته من شرط الحوْز في العمرى

بيّن سواء جرينا على أن العمرى المعقبة على مجهول يأتي من ولد وولد ولد خرجت عن العمرى ولحقت بالأحباس وهو قول ابن فتوح وابن الهندي وحكاه الشيخ المتيطي عن المذهب أو جرينا على ما للشيخ ابن عات ونصّه: قول مالك وأصحابه إن العمرى معقبة أو غير معقبة إن كانت بلفظ العمرى أو بغيره من الإسكان أو الإمتاع أو وَقَّتُّ أنها لا تلحق بالأحباس بل تكون ملكا للمعمّر أو وارثه. انتهى مختصرًا من تحصيل الخلاف فيها من كلام الشيخ ابن عرفة. وإنما قلت سواء الخ وجزمْتُ بأن حكمها في النازلة حكم الأحباس على كلا القولَيْن لأنها هنا لها مرجع كمراجع الأحباس فخرجت عن الخلاف المذكور. ولو سُلِّمَ عدم لحوقها بالاحباس فالعمرى هبة منافع الملك حياة المعمر أو عقبه. نقله الشيخ بهرام في وسطه عن الشيخ أبي الوليد الباجي. وقال الشيخ ابن عرفة: الهبة تمليك متمول بغير عوض إنشاء فتدخل العمرى. وفي مختصر النهاية: العمرى هبة منافع الرقبة حياة الموهوب، انتهى. فإذا كانت العمرى هبة وكانت العمرى داخلة ويتناولها رسم الهبة على ما ذكرتُه من هذه النقول لزم أن يكون القبول ركنها والحوز شرطها ولا إشكال، اعرف القبول في الهبة خصوصا في الورقة الثالثة والخمسين مرّتْ.

قولي: والشرط يلزم مِن عدَمه عدم المشروط، وقد قال الشيخ ابن عبد السلام: الحوْز يجري مجرى الشرط، وصرّح -رحمه الله تعالى- في شرط الفُشُو في شهادة السماع بقوله: عدم الشرط يستلزم عدم المشروط. وصرح بهذا الحكم في الشروط الشيخ شهاب الدين في الفصل الخامس عشر من الباب الأول من شرح مختصر المحصول. ونقل الشيخ البرزلي في خامسة غصبه عن شيخه ابن عرفة في فرع من ذلك قال: إذا فُقِد الشرط اختلّ المشروط. واعرف الورقة الثانية والثلاثين ومائة من الجزء الخامس، وما في الورقة الثانية والثلاثين من السادس.

وقولي: وفي نهاية التحصيل: ولا يُقضَى بالحيازة إلاّ بمعاينة الخ، هذا الكلام عزَوْتُه لنهاية التحصيل، وهو كبير الشيخ ابن ناجي، وجمعتُ فيه بين كلام المدونة [105 أ] وكلام ابن ناجي عليها في خامسة هبة نهاية التحصيل، وهو كبيره المذكور، فقوله: هذا هو المشهور الخ كلام ابن ناجي وما قبله وهو لا يُقضى بالحيازة إلاّ بمعاينة بينة لحوزه، هو نص المدونة في كتاب الهبة منها، وتمامُه في حبس أو رهن أو هبة أو صدقة، فاعرف ذلك. واستوفيتُهُ في الورقة التاسعة عشرة ومائة من الرابع مرّ، واعرف الحوز بمعاينة التطوُّف المذكور هنا، والحوز بالتطوُّف في الورقة الثالثة والثلاثين من الثامن وفي الورقة الخامسة والثلاثين منه. والعمرى إما حكمها حكم الحبس في الحوز والقبول لوقوعها ذات مرجع وإما هبة ومرّ، وعلى كليْهما فلا بدّ فيها من القبول والحوز. وكلام الشيخ المتيطي نقلتُه من أولى حبس مختصر النهاية لابن هارون.

قولي: والحوز مفقود من الرسم الأول بالكلية هذا واضح. وقولي: والرسم الثاني بَطَل بفقْد القبول جليّ. وقولي: والحوز لا يستلزم القبول عند ابن القاسم، هكذا نقل الشيخ الجدّ في نوادر المسائل مذهب ابن القاسم عن الشيخين ابن يونس والباجي، ونقل عن الذخيرة عَزْو مقابله لأشهب بلفظ الإجتزاء بالحوز عنه أي عن القبول. ووقع عَزْو القولين في كلام القاضي أبي الوليد بن رشد في وديعة البيان. وذكرتُ ذلك في أول الورقة الحادية ومائتين من الجزء الرابع. وقولي: على أن الحوز المذكور فيه مطلق يصْدُق بصورة مصدوق الحوز ولا يدلّ دلالة العام حتى يتناول للأعقاب والمرجع الخ إنما كان مطلقًا لأنه فعلٌ في سياق الثبوت. والمطلق لا يعمّ بل يصْدُق بصورة كما مرّ ذكره في القبول المطلق في الجواب في صدر المبطل الأول ومرّ تقريره في صدر التذييل من كلام الشيخ شهاب الدين، وضمير فيه عائد على الرسم الثاني. وأصل

ابن القاسم في العقد المحتمل للصحة والفساد ذكره الشيخ الوانوغي في ثالثة غرر حَواشيه خلافا لابن حبيب، وكون قول ابن القاسم هو المشهور في ذلك صرّح به الشيخ ابن عرفة في سادسة قِراضه، اعرف الورقة العاشرة من هذا الجزء، والورقة السادسة والستين منه مرّت، والورقة الحادية والعشرين من الرابع. وكلام المقدمات نقله الشيخ الطرابلسي في شركة حواشيه عنها وذيَّل عليه ما عزَوْتُه له في الجواب من التحقيق والظاهر.

وقاعدة « المعدوم شرعا كالمعدوم حسًّا » ذكرها الشيخ شهاب الدين في الباب العاشر من كتاب الأُمنية ومرّت في الورقة الثامنة والتسعين. وكلام الشيخ البرزلي عن أصل مالك أنه لا يعمل على شهادة المجاهيل ذكره في الورقة الرابعة والعشرين من أقضيته ومرّت في الورقة السابعة والأربعين، ونقلتُه أيضا في الورقة الثانية ومائة من الجزء الرابع وفي الورقة الثانية والثلاثين ومائة من الخامس. وكلام الشيخ الفشتالي وقع في ثامنة أقضية وثائقه. وقول الشيخ ابن راشد نقله [105 ب] عنه القاضي ابن فرحون في الباب الرابع والثلاثين من تَبْصِرته عن عمل القضاة في الورقة الأربعين ومائة من التبصرة، ونقله الشيخ ابن عرفة في الورقة الخامسة والعشرين من شهاداته عن الشيخ المتيطي عن الإمام -رضي الله تعالى عنه- وقول القاضي ابن الحاج نقله عن الشيخ ابن عرفة إثْر نقله كلام الشيخ المتيطي المذكور. وكون الشهادة على خط الشاهد الميت لا بد فيها أن يكون الخط معروفًا عند مَن يشهد عليه أنه خطّ فلان. اعرفه في الورقة السابعة والعشرين من أقضية البرزلي عن أجوبة الشيوخ عبد الجليل الربعي والسيوري واللّخمي، واعرف ما في الورقة الرابعة والعشرين من أقضية البرزلي.

ونصّه: سئل المازري عن قاضٍ ولاّه آخر على المَنَاكح فتأتيه امرأة بصداق بشاهدين يعرفهما القاضي ويعرف خطّهما فهل يكتفي بذلك ويأذن لها في التزويج لأن العادة جرت بذلك أو لا بدّ من إحضار الشاهدين مع أنه قد يشق عليهما الرفع؟

فأجاب: لا يكتفَى في هذا بمعرفة خَطّهما لاحتمال حضورهما وإنكارهما، انتهى. فإذا كان هذا مع معرفة شهادتهما، فما بالك بالحال مع عدم معرفتهما ويقرّ من يعرفهما، وفتوى القاضي ابن رشد لا يُقضى بالحبس الخ نقلها البرزلي في الورقة الخامسة عشرة من حبسه وهي في الورقة الثامنة ومائتين من الجزء السادس.

الحمد لله، سألني الحاج قاسم الشلي في أوائل قعدة الحرام عام واحد وألف [1001 هـ / أواخر جويلية 1593 م] لبوبكر بن محمد الأشقر السوسي عن نسخة رسم وصيةٍ بالثلث وسؤال تحتها. نصّ الرسم بعد افتتاحه: أوصتْ وحَّادة بنتَ محمد اللواتي لحفيدها للبنت أحمد بن أبي بكر بن محمد عرف الأشقر بثلث جميع مخلّفها موروثا عنها مِن قليل الأشياء وكثيرها دقيقها وجليلها عظيمها وحقيرها على اختلاف أنواعها وتباين أجناسها ربعًا كان المتروك أو غيره بتونس المحروسة وبسوسة. كذلك داخلهما وخارجهما من البياض والمشجّر وغير ذلك. أوصتْ له بثلث جميع مخلّفها من جميع ذلك وصية تامة، ينفذ له ذلك بعد وفاتها ولحوقها بالله تعالى على سبيل الوصايا وسنّتها لا تُبدَّل عن حالها ولا تخرج عن مقتضاها ﴿فمن بدّله بعدما سمعه فإنما إثمه على الذين يبدلونه إن الله سميع عليم﴾[1] ملتزمة في ذلك عدم الرجوع وإن ظهر منها أو نُسِب إليها غير ظاهره وإنما هو تجديد لها وتصحيح لعقدها، ذاكرة أنها لم يتقدم منها إيصاء لأحد غيره، وإن ظهر فهذه ناسخة له رافعة

1) القرآن : البقرة 181.

لحكمه. شهد على إشهادها بذلك في صحّتها وطوعها وجواز أمرها وتقرّر التعريف بها بتاريخ أوائل ربيع الأول الشريف بمولده -صلى الله تعالى عليه وسلم تسليما- عام تسعين وتسعمائة [990 هـ / أواخر مارس 1582 م] فلان وفلان من شهود سوسة.

ونص السؤال بعد افتتاحه: جوابكم بعد تأملكم من الوصية المنسوخة أعلاه وأن الموصية [106 أ] المذكورة أرادتْ أن ترْجِع عن الوصية المذكورة فهل يصح لها الرجوع عنها أو لا يصح لها ذلك؟ جوابكم تؤجرون، والسلام.

فأجبتُ بما نصه بعد افتتاحه: تصفّحتُ نسخة الوصية والسؤال، وإذا كان الأمر كما ذكر وثبتت الوصية المذكورة كما يجب فلا يصحّ للمرأة الموصية ما أرادتْه من الرجوع عن وصيتها المذكورة بعد وقوعها منها احترازًا مما إذا وقع قبلها إيداع بأنها مهما أوصتْ والتزمتْ بما ذكر بأنها غير ملتزمة لذلك وإنما هو على غير وجه القربة وقصد الصلة فهذا لا يدخل تحت هذه الفتوى وتحت جوابي هنا لما أفتى به الشيخ أبو علي عمر القلشاني الحفيد -رحمه الله تعالى- وقد سُئل عن امرأة أوصتْ بثلث مالها والتزمت عدم الرجوع ومتى ما رجعتْ كان تجديدًا ثم رجعت فهل يصحّ رجوعها أم لا؟ فأجاب: هذه المسألة الظاهر أنها لا رجوع فيها اتفاقا لقولها فيها: مهما رجعتُ كان تجديدًا، وليس ذلك كالمسألة التي اختلف فيها المتأخرون وهي ما إذا اشترط الموصي مطلق عدم الرجوع. على أنّ الشيخ ابن عرفة شهَّر في مختصره للحوفي أو صحّح عدم قبول الرجوع. فإذا كان ذلك في تلك فما بالك بهذا الفرض الذي ذكره السائل فالذي نفتي به ونتقلده عدم قبول الرجوع. والله الموفق للصواب، وهو أعلم بمن اهتدى انتهى. هذا وإن حفظ بعض الشيوخ قولاً بقبول الرجوع في مسألة التعليق فسوْقُه إياه لمجرد الخدش

في الاتفاق لا لترجيح هذا القول المحفوظ على مقابله وهو عدم قبول الرجوع ولا لتوهين العمل بهذا المقابل. والقاعدة أنّ « الحكم إذا رُبِط بشرطٍ وجَبَ دَوَرَان الحكم مع ذلك الشرط وجودًا وعدمًا » وتخريج الالتزام الساذج مقيد فلا يصحّ تنظيرها بالمسألة المخرّجة وهي الالتزام الساذج لوجهين :

الأول أنّ المساواة بين النظريْن مطلوبة ولا مساواة هنا بينهما لأن المنظر بها وهي المقيسة فيها التزام ساذج كمسألة المدونة المقيس عليها، والمنظرة فيها التزام ربط بشترطٍ مصحوبٍ به فيبطل التنظير بينهما وبطل التمسّك بالقياس في المسألة المنظّرة بها، والمانع من التنظير هو القيد الشرطي الذي خلتْ منه المسألة المقيسة المنظّر بها حسبما تقرر في محله. والثاني أن التمسك بالتخريج في ذات الربط الشرطي يُنتج عكس الحكم المطلوب للمتمسّك. وبيانه أنّ مسألة المدونة المخرّج عليها إنما تساوي المسألة النازلة ويصحّ التخريج بينهما لو اقترنتْ بقيْدِ التعليق، فيقول مهما راجعتُكِ كانت رجعتك طلاقًا كما اقترنت مسألة الوصية بقيد التعليق بقولها مهما رجعتُ كان رجوعي تجديدًا. وإذا اعتبر القيد في مسألة المدونة ليحصل التساوي بينها وبين المسألة النازلة ذات الالتزام المقيد ليصحّ التخريج والتنظير لزم طلاقها كلما راجعَها، وصاحب التخريج لا ينازع في هذا، فينتج مِن هذا التخريج على هذا الاعتبار الذي لا يصح التخريج إلاّ به لزوم تجديد الوصية كلما رجع عنها عملاً بالقيد الشرطي كما يلزم طلاقها كلما راجعها عملا بالقيد الشرطي في ما إذا قال: مهما راجعتُك كانت رجعتك طلاقا، فلا يتحقق رجوع عن الوصية أصلا [106 ب] كما لا تتحقق رجعة في مسألة المدونة المخرّج عليها. فالتمسك إذن بالتخريج المذكور وقع في غير مسألة النزاع وهي الوصية ذات القيد الشرطي على الوجه الأول لقيام

الفارق وينتج عكس الحكم المطلوب على الوجه الثاني. والقاعدة أنّ « الدالّ على الأعمّ غير دالّ على الأخصّ» ومقتضى هذه القاعدة أن مَن رجع عن وصية فيها التزام ساذج أي مجرد فظهرتْ عنه وصية فيها التزام مقيّد بمهما فإنّ رجوعه المذكور لا يتسلط على الوصية التي ظهرت عملا بالقاعدة المذكورة.

وخلاصة الجواب أن المرأة الموصية في هذه النازلة لا يصحّ رجوعها عن وصيتها المذكورة بعد وقوعها ولا يُوهِنُها ما يقع بعدها من رجوع بوجهٍ اعتبارا بالقيد الشرطي المذكور، بخلاف مسألة الالتزام الساذج الخليّة عن القيد المذكور فما به العمل فيها وهو عدم لزوم الالتزام لا يدخل في هذه لقيام الفارق وهو مصاحبة القيد الشرطي المذكور. والله تعالى أعلم، وبه التوفيق.

تذييل، قولي: بعد وقوعها يتعلق بالرجوع، احترزتُ به مما إذا وقع من الموصية معنًى لا يسمى رجوعًا وهو يقتضي بطلان الوصية كما يقتضيه الرجوع، ويكون هذا الواقع منها قبل صدور الوصية كما إذا أودعت الشهود قبل صدور الوصية منها فإن إيداعها في ذلك عامل وتبطل به وصيتها إذا كان إيداعا متسلطا على الوصية التي تريد إبطالها بالإيداع. وسيأتي في آخر هذا الجواب التنبيه على هذا الاحتراز أيضا وإنما أتيتُ بهذا القيد المقتضي للاحتراز لئلا يتوهّم متوهّمٌ أن الإيداع في ذلك غير عامل أو يتوهّم أن الوصية المتضمنة للقيد الشرطي كما لا يبطلها الرجوع فلا يبطلها ما سواه وهو الإيداع مثلا زعمًا أنّ الإيداع من معنى الرجوع الواقع بعد الوصية وليس كذلك، فأخْرجتُه بالقيد لأن الإيداع إبطال سبق على عقد الوصية فهو مُوهن لها إذا سبق تاريخه ولو بساعة واحدة، ولذا ينبغي أن يؤرّخ الإيداع بالساعة فإنه إذا اتحد تاريخه وتاريخ العقد المودع فيه فلا يعمل فيه الإيداع. نعم إن كان

الصادر منها قبل صدور الوصية المذكورة فمجرد وصية أخرى وليس إيداعًا فتكون هذه الوصية ناسخة للسابقة. وجواب الشيخ القلشاني وقع في حاشية في باب الوصايا من الشامل بخط الشيخ أبي عبد الله محمد الفخفاخ بلفظه.

وقولي: هذا هو معمول لفعلٍ محذوفٍ أي خذْ هذا أو اعرفْ هذا أو اقبلْ هذا. وقولي: وإن حفظ بعض الشيوخ إلى آخره، هو غاية في الأخذ والقبول بحيث إن حفظ بعض الشيوخ القول المذكور لا يوجب خللاً في العمل بمنع الرجوع، وكأن قولي هذا وإن حفظ الخ جواب عن سؤالٍ يَرِدُ. وأردتُ ببعض الشيوخ الشيخ الرصاع في شرحه لحدود الشيخ ابن عرفة ونصه: وإن قلت إذا التزم عدم الرجوع في الوصية وزاد مهما رجعت كان تجديدًا للوصية فإنه يلزم ذلك وهو خارج من الخلاف.

قلت: [107 أ] كذا قال بعض المشائخ ولكن الخلاف موجود ذكره ابن الخطيب وغيره، انتهى. ثم أجبتُ عن وجه الغاية المذكورة التي هي في معنى الجواب عن السؤال المتوهّم بأنّ سَوْق حافظ ذلك القول للقول وهو الشيخ الرصاع إنما ساقه لمجرد التنبيه على نفي الاتفاق لا على أنه ساقه لترجيحه على مقابله ولا لتوهين العمل بمقابله فافهم قولي. وقاعدة أن « الحكم إذا رُبط بشرطٍ وجب دَوَرَان الحكم مع ذلك الشرط وجودًا وعدمًا » هذا الكلام ذكره الشيخ أبو مهدي عيسى الوانوغي في كتاب التخيير والتمليك من حاشيته. وهذه القاعدة جرتْ مجرى دليل أول لما أجبتُ به ولما أجاب به الشيخ القلشاني وهو منع قبول الرجوع عن هذه الوصية الملتزم فيها عدم الرجوع مصحوبًا بالقيد الشرطي.

واعلم أنّ مسألة التزام المرأة الموصية عدم الرجوع وأنها مهما رجعتْ كان رجوعها تجديدًا اشتملتْ على اقتران حكم بشرط، فالحكم التزامها

عدم الرجوع والشرط قولها مهما رجعتُ الخ فصار تجديد الوصية أي تكرير إنشاء عقدها في وجوده وفي عدمه دائرًا مع الرجوع في وجوده وفي عدمه، فمهما وُجِد الرجوع فهو تجديد الوصية أي تكرير إنشاء عقدها، ومهما انعدم الرجوع انعدم تجديد عقدها. ثم إذا انعدم تجديدها بانعدام الرجوع بقيتْ الوصية على أصل عقدها خَلِيًا عن رجوع وعن تجديد، وبقاؤها على أصل عقدها حينئذ خَليًا عن رجوع وعن تجديد كافٍ في تقررها وثباتها.

وأما مسألة التزام عدم الرجوع ساذجًا أي مجرّدًا فقد خلتْ عن اقتران حكمها بالشرط المذكور، فافهم ذلك. ويشهد لمنع قبول الرجوع في مسألة القيد الشرطي في الوصية قواعد زيادةً على ما ذكرتُه في أصل الجواب منها أنه إذا سلك بذات الالتزام المصحوب بالقيد الشرطي مسلك مسألة الالتزام الساذج صار القيد وهو جملة التعليق مهملا. والقاعدة أنه « إذا دار الكلام بين حَمْله على الإعمال أو على الإهمال فإنه يُحمل على الإعمال لا على الإهمال » ذكرها الشيخ الوانوغي في العتق الأول من حواشيه وذكرها الشيخ الجد في كتاب رعاية الأمانة في أحكام الحضانة. ومنها أن قولها: مهما رجعتُ كان رجوعي تجديدًا عقدٌ عقدتْه للموصى له. والقاعدة أن « العقود أسباب لتحصيل المقاصد من الأعيان » والأصل ترتيب المسبّبات على أسبابها، قاله الشيخ شهاب الدين وهو في القاعدة الثانية عشرة من قواعد البيوع من ترتيب القواعد في الورقة السابعة والعشرين ومائة منه، واعرف معه أول القاعدة الثالثة من قواعد العلل في الورقة الثامنة والستين منه.

ومنها أنه إذا كانت العقود أسبابًا لزم من وجودها وجود المسبب وهو منع قبول الرجوع ومن عدمها في الالتزام الساذج عدم المنع وهو القبول الذي به العمل في الساذج وترتب حكم الفارق عليه. ومنها أنّ

أصل ابن القاسم -رضي الله [107 ب] تعالى عنه- أن اللفظ الذي استعمله الإنسان في معنى واصطلح على وضعه فيه فهو بمنزلة اللفظ الموضوع لغة لذلك المعنى ويُعطَى حكمه خلافا لأشهب. هكذا نقل عنهما الشيخ المغربي -رحمه الله تعالى- في صغيره. ومنها قاعدة الإجماع على أنه « لا يُحمل كلام المتكلم إلاّ على ما عُلِم أنه قصده» نقله الشيخ الجدّ في بحث الصيغة من بيوع مختصره الفقهي عن ابن رشد وغيره. وإطلاق لفظ الرجوع على التجديد هو الذي قصده الموصي تحكيما للفظة مهما رجعتُ عنها كان تجديدًا لها، فالعدول بلفظه وهو الرجوع اللاحق عن الدلالة على التجديد الذي قصده والتزامه عدولٌ بكلام المتكلم عن مقتضى الإجماع. واحتج بعض المكابرين على قبول الرجوع في مسألة القيد الشرطي بما به العمل الذي حكاه ابن ناجي في مسألة الالتزام الساذج وجعله صادقا على النازلة فأورد. . .[1]. أن النازلة فيها زيادة القيد الشرطي، فأجاب: بأن زيادة القيد الشرطي غير فارق، فَرُدَّ عليه بوجوه منها أنه زيادة في اللفظ قطعًا فيتبعها زيادة في المعنى وإلاّ كانت زيادة القيد مهملة ومرّ بطلان إهمالها. ومنها أن دعوى عدم الفارق بزيادة القيد ودعوى إهماله دعوى عريّةً عن دليل ودعوى إعماله دليلها قائم، وقد مرّ. وقال الشيخ ابن عرفة: لا يصح ردّ مستدلّ عليه بدعوى عَرِيّة عن دليل. ومنها أن الالتزام الساذج أعمّ من الالتزام المصحوب بقيد التعليق فلا يكون الحكم الدال على الأول وهو أعمّ دالا على الثاني وهو أخصّ لأن القاعدة أنّ « الدال على الأعمّ غير دال على الأخصّ ولا يشعر به ». قاله الشيخ شهاب الدين وغيره وهو في القاعدة الثالثة من قواعد العموم والخصوص في الورقة الخمسين وفي المسألة الثالثة من القاعدة الثانية من قواعد الخبر في الورقة الرابعة والستين. وعلى هذا

1) بياض بمقدار ثلاث كلمات بالأصل.

فالقول المعمول به بقبول الرجوع في الالتزام الساذج الذي هو أعمّ لا يدلّ على قبوله في الالتزام المقيّد بالتعليق عملاً بالقاعدة المذكورة.

ومنها أن علة عدم الرجوع في ذات الالتزام الساذج بسيطة وهو مطلق الالتزام وعلّة عدم الرجوع في ذات القيد الشرطي مركّبة وهي ما في الأولى وزيادة قيد التعليق، فهذا فارق لا ينكره إلاّ من يُنْكر الفرق بين الأعمّ والأخصّ وبين البسيط والمركّب. وممّا تقرر في فن الأصول أن الخصوصية في الأصل تمنع من الإلحاق والخصوصية في الفرع كذلك وقد وقفت في ما قرب على جواب لبعض فقهاء قسمطينة في نظير النازلة. قال فيه: قال الشيخ أبو عبد الله محمد بن عظوم في كتابه المسند المذهب، في ضبط قواعد المذهب ومِن خط مؤلفه نقلتُ ما نصّه: فلو قال الموصي متى رجعتُ كان رجوعي تجديدًا للوصية فالذي به العمل بإفريقية حكمًا وفتوى أنه لا رجوع له، انتهى. ووقع في كبير الشيخ ابن ناجي ما نصّه: إن عمل الشيوخ إذا استمر بقول فلا يُعَوَّل على غيره وصار وجود الخلاف معه كلا خلاف [108 أ].

فقولي: وتخريج الالتزام الساذج على مسألة التخيير والتمليك منها الخ، هذا التخريج ذكره الشيخ ابن ناجي في سابعة التخيير والتمليك من صغيره عن شيخه ابن عرفة في قولها: وإن قال لها أنت طالق بطلقة يريد لا رجعة لي عليك فيها فله الرجعة وقوله لا رجعة لي [1]. باطل إلاّ أن ينوي بقوله لا رجعة لي عليك البتات. ابن ناجي أخذ من هنا ثلاثة فروع فذكر الأول ثم قال: الثاني لشيخنا ابن عرفة في من أوصى وأشهد أنه لا رجوع له فيها أنه يرجع وبه العمل وهو أحد القولين، انتهى. قلت: ما به العمل عزاه في سادسة رهون كبيره لما به الفتوى.

1) بياض بمقدار كلمتين بالأصل.

وقولي: لا يصح التمسك بالتخريج في النازلة التخريج المذكور وقع في مسألة الالتزام الساذج أي المجرّد الذي لم يصْحَبْه القيد الشرطي وهو مَهْما رجعتُ فرُجوعي تجديد للوصية. إذا تقرّر موضع التخريج فاعلم أن بُطلان التمسّك بالتخريج في مسألة الالتزام المصحوب بالقيد الشرطي من وجهين: الأول أن التخريج في مسألة الساذج وهي غير المسألة النازلة ذات القيد الشرطي الذي ربط به حكم وهو الالتزام. والثاني أنّ لازم التخريج أن يورد عليه النقض بأن يقال مساواة المسألة ذات الشرط بمسألة الساذج وإلحاقها بها حتى يدخلها قبول الرجوع والعمل به، كما دخل قبول الرجوع والعمل به في مسألة الساذج المخرجة لازمها بطلان المساواة لأن ذات القيد الشرطي إنما تساويها مسألة المدونة إذا اعتبر قيد شرطي فيها بأن يقول: أنتِ طالقٌ تطليقة لا رجعة لي فيها، ومهما راجعتُكِ منها كانت رجعتك طلاقا، فبهذا القيد تحصُل المساواة المطلوبة بين المخرَّج عليها وهي مسألة المدونة وبين المخرّجة وهي ذات القيد الشرطي وهي مهما رجعتُ كان رجوعي تجديدًا للوصية والمساواة بين المخرَّج عليها والمخرَّجة مطلوبة وعدمها يبطل التخريج، كما أن المساواة بين مسألة الساذج المنظر بها ومسألة القيد الشرطي المنظَّرة مطلوبة في الأحكام واللوازم. اعرفه في الورقة الرابعة والعشرين من المطالب اليقينية في أحكام العداوة الدنيوية.

ولا يصح الإلحاق إلاّ بالمساواة ولذا تجدهم يلحون بقولهم: شرْطُ القياس المُساواة. قال بعض الشيوخ: القياس الصحيح تَساوي الغَيْرَيْن في الحكم، وشرطه الجامعُ والتعَدُّد والطَّرْد والتَّساوي، انتهى. وإذا لم تحصل المساواة بين ذات الساذج وذات القيد الشرطي كما لم تحصل بين ذات القيد الشرطي[1]. فلا إلحاق بينهما.

1) كذا وردت الجملة بالأصل، وفي نهايتها بياض بمقدار ثلاث كلمات.

وأما إذا اعتبر قيد شرطي في مسألة المدونة كان طلاقُها مجرّدًا لازمًا كلما راجعها. وكان تخريج مسألة الوصية ذات القيد الشرطي عليها حينئذ صحيحًا وينتج هذا التخريج كوْن الوصية مجرَّدة لازمة كلما رجع عنها وهذا عكس الحكم [108 ب] المطلوب عند صاحب التمسك بالتخريج والتنظير فصار تخريجه حينئذ وتنظيره بمسألة المدونة كرّ على أصله بالبطلان فهو بالبطلان أَوْلى. اعرف هذه القاعدة سماها الشيخ ابن عرفة قاعدة عقلية وهي « الفرع إذا كَرَّ على أصْله فهو بالبطلان أولى» ذكرها في عاشرة شهاداته وقرَّرها في سادسة استلحاقه وذكرها الشيخ البرزلي في الورقة الثالثة عشرة والتاسعة والثلاثين مِن أقْضِيته عن فتيا ابن رشد، وكرَّرها في الورقة الثالثة عشرة من طلاقه، وذكرها ابن عرفة في المسألة الشرعية من طلاق مختصره وعَبَّرَ عنها في الاستلحاق بما أدَّى ثبوته إلى نفيه فنفيه أولى وهي في ثالثة أقضية مختصر النهاية لابن هارون. ومرّت في الورقة الثالثة عشرة ومائة من الجزء الثاني.

وحاصله أن مسألة الوصية ذات القيد الشرطي إنما تساوي مسألة المدونة إذا كانت مسألة المدونة مشتملة على قيد شرطي ليصحّ التساوي بين المخرّجة والمخرّج عليها وعند مراعاة هذا القيد في مسألة المدونة يلزم منه عكس الحكم المطلوب للمتمسّك وإنما حَسُن تخريج مسألة الساذج على مسألة المدونة كيف هي دون قَيْد لأن التخريج بينهم أبين لِخُلُوّ كلّ من المخرَّجة. وهي مسألة الساذج والمخرّج عليها وهي مسألة المدوّنة كما هي فيها عن قيدٍ شرطيّ فحصل عدم لزوم الالتزام في كليهما، وأما مسألة القيد الشرطي فقيدها الشرطي أبطل حكم هذا التخريج لخلو مسألة المدونة عن قيد شرطي تساوي به المسألة المخرجة. نعم، إذا رُوعِيَ قيد شرطي في المخرَّج عليها حصلَتْ به المساواة المطلوبة في التخريج وكان الحكم حينئذ لزوم الالتزام لأجل القيد

الشرطي كما يكون الحكم في مسألة المدونة لزوم الالتزام لأجل القيد الشرطي الذي اعتُبرت زيادته فيها وهذا الحكم وهو لزوم الالتزام لأجل القيد هو عكس الحكم الحاصل في التخريج الأول، فافهمْ ذلك.

قولي: فالتمسك إذن بالتخريج المذكور، التخريج هو المحكي عن الشيخ ابن عرفة مِن نقل الشيخ ابن ناجي عنه لا في التمسك به في النازلة للوجهين المذكورين في أصل جوابي. أما الأول فلأنه تخريج خلا عن المساواة بين المخرج عليها والمخرجة وبين المنظّر بها والمنظرة والمساواة بينهما مطلوبة والفارق قائم وهو اقتران المنظرة وهي النازلة بالقيد الشرطي وقد تقرر في الأصول أن الفرق بين قوادح التخريج وفي الأصول هو الذي أشرتُ إليه بقوْلي في الجواب حسبما تقرر في محله.

وهذا هو الوجه الأول المذكور في أصل الجواب من الوجهيْن المانعيْن من صحة التنظير، وأما الثاني فلأنّ التخريج لازمُه المساواة بين المخرّجة والمخرّج عليها، وإنما تصح المساواة بتنزيل قيدٍ شرْطيّ في مسألة المدونة المخرّج عليها. وأنتَ إذا نزَّلتَ قيدًا شرطيًا فيها لتصحّ المساواة المُصَحِّحَة للتخريج جاء [109 أ] لزوم الالتزام في المخرج عليها وهي مسألة المدونة قطعًا فيكون كلما راجعها كانت الرجعة طلاقا، فيكون التخريج عليها حينئذ بوجه لزوم الالتزام أيضا في المخرّجة وهي الوصية ذات القيد الشرطي المصحح للمساواة. وهذا هو الوجه الثاني من الوجهيْن المذكوريْن فصار التمسك بالتخريج المذكور في المسألة النازلة غير صحيح لقيام الفارق على الوجه الأول ولإنتاجه عكس الحكم في المخرّج عليها على الوجه الثاني لأجل شرطية المساواة بين المخرَّج عليها والمخرجة وهي المصححة للتخريج.

قولي: والقاعدة أنّ « الدال على الأعمّ غير دال على الأخصّ » هذه القاعدة جرت مجرى دليل ثانٍ لما أجبتُ به ولما أجاب به الشيخ القلشاني من منع قبول رجوع الموصية عن الوصية المتضمنة للقيْد الشرطي. ووجه الدليل منها أنّ مسألة الالتزام الساذج أي المجرد فيها التزام عام أي غير مقيّد، والنازلة فيه التزام مقيّد بجملة التعليق، والالتزام المصحوب بالقيد أخصّ مِن مطلق الالتزام. وحينئذ فالقول بقبول الرجوع وهو القول الذي به العمل دلالته على الالتزام الساذج أي المجرّد من باب الدال على الأعم فلا يدلّ على الأخص، وهو الالتزام المصحوب بالقيد عملا بالقاعدة أنّ « الدال على الأعمّ غير دال على الأخصّ ولا يشعر به ». وقولي: ومقتضى قاعدة الدالّ على الأعم غير دال على الأخص أنّ مَن رجع عن وصية فيها التزام ساذج فظهرتْ عنه وصية فيها التزام مقيّد بمَهْما فإن رجوعه المذكور لا يتسلّط على الوصية التي ظهرتْ عملا بالقاعدة المذكورة.

هذا كلام واضح وأشرتُ به إلى واقعةٍ وقعتْ وهي أن سالما بن علي عديسة أَوْصَى وصية بالثلث لأولاد حفيده إبراهيم ثم بعد مدة أشهد شهيديْن -أنا أولهما- على أنه رجع عن الوصية المذكورة وذكر أنه كان التزم فيها عدم الرجوع وأنه رجع عملا بقول الشيخ ابن ناجي: إذا التزم في وصيته عدم الرجوع فله الرجوع وبه العمل، وفي موضع آخر به الفتوى. ثم بعد ثلاث سنين مات فوقع تنازع بين الموصَى لولده وبين سائر الورثة فاستظهر الموصَى له بوصية التزام فيها عدم الرجوع وأنه مهما رجع عنها كان رجوعه تجديدا لها فعقد فيها. فحضر وأُحْضِرْتُ فامتنعتُ من الكلام فيها لشهادتي في الرجوع فكلّف عليَّ الكلام فقلتُ: هذه الوصية لا يتناولها الرجوع المذكور لأن الرجوع المذكور دال على أعمّ والدال على الأعمّ وهو مطلق الالتزام غير دالّ على الأخصّ وهو

الالتزام المقيد أي المصحوب بالقيد الشرطي ولا يشعر به. واحتججتُ ببعض ما كتبتُه في هذه النازلة، واحتجّ بعض الحاضرين ببعض ما نُسِبَ إلى المخالف، وكان في المسألة تحامل أوْجَبَ مكابرة لعلّة حالية حملتْ على مُسَاعفة صاحب المحضر على توهين صاحب الوصية لمراد له في ذلك فَسُوعِفَ على ما أراده من التوهين ليحصل المراد بذلك. وربك [109 ب] بالمرصاد. فأمر القاضي حسن بن رسول أن يحكم بقولهم فحكَم ببطلان الوصية وجعلوا الرجوع المذكور يتناولها. ولله عاقبة الأمور.

وقولي: لا يصحّ رجوعها عن الوصية المذكورة بعد وقوعها إلى قولي اعتبارا بالقيْد الشرطي المذكور، هذا الفصل مرَّت الإشارة إليه في صدر الجواب، واحترزتُ به عن إبطالٍ يكون من الوصية سابقا عن الوصية وهو الإيداع، فإنه إذا تمّ بشروطه أبطل الوصية. وخرج عن هذا الحكم الذي أصَّلْتُه في هذا الجواب وهو منع قبوله إلى حَيّز قبوله بقولي: لا يصحّ رجوعها عن وصيتها بعد وقوعها ولا يُوهِنُها ما وقع بعدها من رجوع اعتبارًا بالقيد الشرطي المذكور، فمفهوم بعد وقوعها ومفهوم ما وقع بعدها ومفهوم القيد الشرطي يخرج بكل واحد منها الإيداع إذا سبق منها إيداع في الوصية فإنه يحلّها ويُبْطل لزومها إذا أسقط الإعذار فيه مَن يجب له.

وقولي: فما به العمل في مسألة الالتزام الساذج وهو عدم لزوم الالتزام لا يدخل في هذه النازلة لقيام الفارق وهو القيد الشرطي. هذا كله واضح مما قرّرتُه في تفسير الجواب في التذييل عليه وهو تذييل مزيد عليه. والله يقول الحق وهو يهدي السبيل، وهو سبحانه وتعالى أعلم بمن اهتدى، وبه التوفيق. ثم بدا لي أن رجعتُ عن الجواب المذكور لطوله وكتبتُ جوابًا آخر في ورقة المستفتي مختصرًا مهذّبًا

بحيث صار الجواب السابق وتذييله تذييلا على هذا الجواب. ونصّه بعد افتتاحه: تصفّحتُ نسخة الوصية والسؤال، وإذا كان الأمر كما ذكر وثبتت الوصية المذكورة كما يجب فلا يصحّ للمرأة الموصية ما أرادته من الرجوع عن وصيتها المذكورة بعد وقوعها ولا يوهنها ما يقع بعدها من رجوع لوجوه:

الأول ما أفتى به الشيخ أبو علي عمر القلشاني الحفيد -رحمه الله تعالى- وقد سُئل عن امرأة أوصتْ بثلث مالها والتزمتْ عدم الرجوع ومتى ما رجعتْ كان تجديدا ثم رجعت، فهل يصح رجوعها أم لا؟ فأجاب: هذه المسألة الظاهر أنه لا رجوع فيها اتفاقًا لقولها فيها: مهما رجعتُ كان تجديدا، وليس ذلك كالمسألة التي اختلف فيها المتأخرون وهي ما إذا اشترط الموصي مطلق عدم الرجوع، على أن الشيخ ابن عرفة شهَّر في مختصره للحوفي أو صحّح عدم قبول الرجوع، فإذا كان ذلك في تلك فما بالك بهذا الفرض الذي ذكره السائل فالذي نفتي به ونتقلّده عدم قبول الرجوع. والله الموفق للصواب، وهو أعلم بمن اهتدى، انتهى. وحِفْظ بعض الشيوخ قولا بقبول الرجوع في مسألة التعليق إنما ذكره لمجرد التنبيه على نفي الاتفاق لا لترجيح القول المحفوظ على مقابله وهو عدم قبول الرجوع ولا لتوهين العمل بالمقابل.

والثاني أن أصل ابن القاسم -رضي الله تعالى عنه- أن اللفظ الذي استعمله الإنسان في معنى واصطلح على وضعه فيه فهو بمنزلة اللفظ الموضوع لغة لذلك المعنى ويُعْطَى حكمه خلافا لأشهب. نقل ذلك الشيخ المغربي -رحمه الله تعالى-.

والثالث [110 أ] أنّ التزام الوصية التجديد بلفظ الرجوع حكمٌ ربطَتْه بشرطٍ وهو قولها: مهما رجعتُ كان رجوعي تجديدا، والقاعدة

أن الحكم « إذا رُبِط بشرطٍ وجب دوران الحكم مع ذلك الشرط وجودًا وعدمًا » وعلى هذا فمتى وُجِد الشرط وُجد الحكم. أي متى وُجِد الرجوع عن الوصية وُجِد تجديدها أي إنشاءُ عقدها وتكريره، ومتى عُدِم الرجوع عدم التجديد ويبقى عقدها على أصله دون تجديد وبقاؤه على أصله دون تجديد كافٍ في تقرّر الوصية وثباتها ولا يتوقف تقررها وثباتها على التجديد.

والرابع قاعدة الإجماع على أنه لا يحمل كلام المتكلم إلاّ على ما علم أنه قَصَدَه وإطلاق لفظ الرجوع على التجديد هو الذي قصدتْه الموصية تحكيما للفظها مهما رجعتُ عنها كان تجديدا لها، فالعدول بلفظها وهو الرجوع اللاحق الذي التزمت فيه القصد إلى التجديد المذكور عن الدلالة على التجديد الذي قصدتْه والتزمه عدول بكلام المتكلم عن مقتضى الإجماع، ومقتضى قاعدة « الدال على الأعمّ غير دال على الأخصّ » أنّ من رجع عن وصية فيها التزام ساذج أي مجرد فظهرتْ عنه وصية فيها التزام مقيّد بالقيد الشرطي فإن رجوعه المذكور لا يتسلط على الوصية التي ظهرت عملا بالقاعدة المذكورة.

وخلاصة الجواب أنه لا يصحّ لهذه الموصية أن ترجع في وصيتها المذكورة ولا يوهنها ما يقع بعدها من رجوع بوجه اعتبارًا بالقيد الشرطي الذي اشتمل عليه رسم الوصية بخلاف مسألة الالتزام الساذج الخَلِيّة عن القيد المذكور فما به العمل فيها وهو قبول الرجوع لا يدخل في هذه لقيام الفارق وهو مصاحبة القيد الشرطي هنا. والله تعالى أعلم، وبه التوفيق.

الحمد لله، سئلتُ بتونس عن مسألة، ثم أعرض عنه[1] صاحبه لِحكم وقع في قضيته فأثبتُّهُ هنا لقَصْد ما تضمَّنه من الفقه ووقع الحكم بما انفَصلت عليه فيه.

1) الضمير هنا يعود إلى الجواب الذي طلبه السائل.

نص السؤال بعد افتتاحه: جوابكم عن مسألة رجل لا زوجة له وكان اعترف بمال لحفيد له للابن على وجه جائزٍ شرعًا في حالته الجائزة. وأوصى بعد ذلك بمدة بثلث مخلَّفِه في صحّته أيضا لمن يتزايد من الأولاد لحفيده المذكور مدة حياته، الذكر والأنثى فيه سواء. ثم بعد مدة سنتين مرض ومات من مرضه فورثه ابنه وعصَبه حفيداه للابن الشقيقان أحدهما الحفيد الموصى لأولاده. فتحاكم الحفيد المعترف له في ما اعترف له به جدّه مع البنت ومع الحفيد الآخر، وآلَ الحكم إلى أن أسقطا له الإعذار في ذلك، وعند الحفيد الموصَى لولده حمل من زوجته فطلبهما في إخراج الدَّين مِن التركة فدفعاه بأن الموصَى لهم غُيَّب فيتأخر إخراج الدين المذكور من تركة الموصي إلى وجودهم وقالا: الحمل في هذه النازلة هي مسألة زوجة الميت إذا تركها حاملا وعليه دين فلا يخرج هذا الدين حتى يوجد الموصى لهم في النازلة كما لا يخرج الدين من تركة المدين إذا ترك زوجته حاملا حتى تضع الحمل، وقال رب الدَّيْن: مسألتنا هذه [110 ب] ليست هذه مسألة زوجة الموثّق إذا تركها حاملاً ولا يتأخر إخراج ديني لوضع ولدي الموصى لهم بل يجب تعجيل إخراج ديني. فهل تنهض حجة البنت والحفيد الوارثين أو حجة الحفيد رب الدين؟ وإذا كانت هذه النازلة غير المسألة المدين إذا تركها حاملا فهل يُقاس الحمل في النازلة على الحمل في زوجة المدين الميت؟ فكما يتأخر إخراج الديْن على الميت لوضع حمل زوجته كذلك يتأخر إخراج الديْن في النازلة لوضع الموصى له أو لا يصح القياس بينهما؟ والسلام.

ونص الجواب بعد افتتاحه: إذا كان الأمر كما ذكر فحجة ربّ الدين الذي دعا إلى تعجيل إخراج دينه هي الناهضة. وحمل زوجة الميت المدين غير هذا الحمل في هذه الواقعة قطعا. وقياس الحمل الموصى

له والأولاد على ذلك الحمل في تأخير إخراج الديْن لا يصحّ أصلاً حسبما تقرر ذلك في فن الأصول. ولا يخفى على من.[1] طرفًا منه. هذا لو سلم العمل الذي حكى الشيخ ابن عرفة في التأخير لِحمْل زوجة المدين الميت فكيف وهو غير مسلم لأنه محجوج بالاتفاق الذي نقله الثقاة. ولم يبحث فيه الشيخ ابن عرفة من حيث الاتفاق بحال وبأن العمل إذا لم يوافق قولا منصوصا فلا يعول عليه. والله تعالى أعلم، وبه التوفيق.

تذييل: لا بدّ من تقديم البحث في مسألة زوجة المدين إذا تركها حاملا لأنها المسألة التي وقع في السؤال تنظير المسألة النازلة بها. ثم بعد ذلك نتبعها بالتذييل على فصول الجواب المتعلقة بالمسألة النازلة ونبيّن أنها غير مسألة زوجة المدين المتروكة حاملا ونبين منع قياس حمل النازلة على حملها فنقول: وقع في ثامنة قسمة مختصر الشيخ ابن عرفة عن ابن رشد إثر كلامه في تأخير قسم التركة لوضع حمل زوجة الميت وتعجيل إخراج الوصية ما نصّه: ويؤدى الديْن ولا يُنتظر به الوضع، لا أعرف في ذلك خلافا إلاّ ما ذكر من غلط بعض الشيوخ الذي لا يُعَدّ خلافا.

قال الباجي: حكم ابن أيمن في ذلك أنه لا يؤدَّى الدين حتى تضع امرأة المدين حملها. فأنكرتُه عليه فقال: هذا مذهبنا ولم يأت بحجة، والصحيح عدم انتظاره ولا يدخله اختلاف قول مالك -رضي الله تعالى عنه- في تنفيذ الوصية قبل وضع الحمل لأن العلة في تأخير تنفيذ الوصية عند قائله خوف تلف بقية المال قبل الوضع فيرجع الورثة على الموصى لهم بثلثي ما قبضوا وقد يجدهم مُعْدمين. وهذا مُنْتَفٍ في الديْن بل يُخشى تلف التركة في التوقف فيبطل حق رب الدين دون

1) كلمة غير مقروءة بالأصل.

نفع الوارث. وإذا وجب قضاء دين على الغائب من المال مع بقاء ذمة المدين إن تلف المال كان وجوب القضاء في الميت أحرى لأن الميت انقطعت ذمته ولأن الحمل لا يجب له حق حتى يستهلّ صارخًا والغائب حقه ثابت، فإذا لم ينتظر الغائب فأحرى الحمل.

وقول ابن القاسم فيها مع غيرها: من أثبت حَقًّا على صغير قُضِي له به ولم يُجْعل للصغير وكيل يخاصم عنه. فإذا قُضِي ما على الصغير بعد وضعه من غير أن يُقام [111 أ] له وكيل فلا معنى لانتظار وضعه حملا. ابن عرفة: هذا الخلاف مذهب سحنون في الحكم على الغائب بإقامة وكيل له ولا تبقى له حجة. ووجه قول ابن أيمن: نقَل غير واحد الإجماع على وقف الحكم على المحكوم عليه بعد إقراره على الإعذار إليه والحمل غير محقق كونه وارثا ما دام حملا إجماعا وكلما كان كذلك كان الحكم بتعجيل قضاء الدين قبل وضعه ملزوما لأحد أمرين، إما الإعذار لنائب من لم يثبت حقه بعد وإما الحكم على غير مقرّ دون إعذار إليه وكلاهما باطل. انتهى كلام الشيخ ابن عرفة.

أقول: قدح الشيخ -رحمه الله تعالى- في أصل ابن القاسم في المدونة بقوله: هذا خلاف مذهب سحنون أنه يُحكم على الغائب بإقامة وكيل له ولا ترجى له حجة يرد بوجهين: الأول أنّ كلام ابن القاسم الذي سرد الشيخ الباجي في حكم على صغير فكيف يُنقَض عليه بأصل سحنون في حكم على غائب. والثاني أنّ قول ابن القاسم هو روايته وبه العمل وهو المشهور حسبما يأتي نقله عن شيوخ المذهب فكيف ينقض عليه بقول سحنون مع ضعفه وضعف نسبته إليه؟ مع العمل والتشهير في مقابله. فمثل هذا من القدح لا يليق بجلالة ابن عرفة -رحمه الله تعالى-.

ولنسرد النقول المشار إلى نقلها فنقول: أما ضعف قول سحنون وضعف نسبة ذلك القول إليه فوقع في آخر الركن الخامس من التبصرة عن ابن سهل: إرجاء الحجة في ما يحكم به على الغائب أصلٌ معمول به لا ينبغي العدول عنه ولا الحكم بغيره إذ هو كالإجماع في المذهب. وذكر عن سحنون أنه لا ترجى له حجة وهو ضعيف لا يوجد عنه في الأصول وإنما وقع له في حواشي المدونات وله في كتاب ابنه وفي العتبية خلافه على ما عليه الجماعة وجرى به العمل من فتواهم، انتهى. فهذا تصريح بتضعيف قول سحنون وتضعيف نسبة ذلك القول إليه. وأما كون قول ابن القاسم به العمل ففي أوائل قسْمَتِها ولا يقيم القاضي لغائب أو طفل وكيلا يقوم بحجتهما. الشيخ الطرابلسي في حواشيه ما نصّه: هو قول ابن القاسم. وقال أصبغ: يُقام لهما وكيل مأمُون. قال اللخمي: وهو أبيَنُ لأنه يبلغ من البحث والكشف ما لا يبلغه القاضي بسبب اشتغاله ولو وجد القاضي إلى البحث والكشف سبيلاً لاستغنى عن الوكيل. وبقول ابن القاسم العمل. ثم قال: وهذا في الدعوى عليه انتهى. فهذا تصريح بأن قول ابن القاسم به العمل. وفي الورقة التاسعة والعشرين من قسم نهاية التحصيل: عَمَل الشيوخ إذا استمر بقول لا يعوّل على غيره وصار وجود الخلاف معه كلا خلاف.

قلت: لا بدّ من تقييده بأن يكون ذلك العمل موافقا لقول منصوص لما سيأتي آخر التذييل. وأما كون قول ابن القاسم هو المشهور فقال في الركن الثاني من التبصرة قول ابن القاسم هو روايته عن مالك -رضي الله تعالى عنهما- في ما يغلب على الظن لأنه لازَمَه أزيد من عشرين سنة ولم يفارقه حتى مات، وكان لا يغيب عن مجلسه إلاّ لعذر [111 ب] وكان يعلم المتقدم من المتأخر من أقواله ونعلم أنه نقل مذهب مالك للناس وما نقله إلاّ ليعمل به، ثم قال: فتقرَّر مما ذكرناه أن قول

ابن القاسم هو المشهور في المذهب إذا كان في المدونة، والمشهور عند علماء المغاربة هو مذهب المدونة، انتهى.

وفي خامسة حمالة نهاية التحصيل ما نصّه: الذي أخذ به ابن القاسم هو المعمول به وصرّح ابن رشد بأنها الرواية المشهورة، وفي أولى مزارعة الشيخ ابن عرفة -رحمه الله تعالى- رواية ابن القاسم معلوم أنها المشهورة، وفي الورقة الثالثة عشرة من حبس البرزلي: المُعَوَّل عليه في الفتوى والأحكام قول ابن القاسم لا سيما إن كان في المدونة، انتهى. واعرف ما في جواب الاعتذار الثالث عشر من التذكير في الورقة الحادية والأربعين ومائة منه ففي هذا تصريح بتشهير ابن القاسم، وهو واقع في المدونة فاعرف ذلك.

وقول الشيخ ابن عرفة: الحكم بتعجيل قضاء الدَيْن قبل وضع حمل زوجة الميت لازمه إما الإعذار لنائب مَن لم يثبت حقّه بعد جوابه أن حكمه حكم الصغير. دليله في الصغير قول ابن القاسم في قضاء حق عليه ولا يُعذر إليه ولا يُقام له وكيل والحمل مثله، لأنه إذا كان قول ابن القاسم لا يقام للصغير وكيل للخصومة بل يعجَّل قضاء ما عليه وترجى له الحجة إذا رشد، على ما يأتي التصريح به من كلام نهاية التحصيل، فلأيّ معنى ينتظر وضعه حملاً هو شيء لم يظهر له معنًى حسبما مرَّ من كلام الشيخ أبي الوليد الباجي.

ابن ناجي في تاسعة العدة وطلاق السنّة مِن صغيره قوله: وما لحق الغائب من دين أو اعتراف أو عهدة أو عيْب قُضِي به عليه ولا يُقام له وكيل وتُباع عروضه في ذلك. أراد بقوله: وما لحقه من دين أي بصكٍّ أو بيّنةٍ على إقراره وبقوله أو اعتراف أي في استحقاقٍ، قاله المغربى. وما ذكره من أنه لا يُقام له وكيل معناه للإعذار بل إذا ثبت عليه شيء

دفع عنه وكان على إرجاء حجته إذا قدم، وما ذكره هو المشهور. وقال سحنون: بل يقام له وكيل ولا تُرجَى له حجة. وشاهدتُ شيخنا الخطيب القاضي أبا عبد الله محمد بن قليل الهمّ يحكم بالقيروان بالجمع بين قولين في الغائب يقدم له وكيلا، ثم هو على إرجاء حجته وهو الصواب أخذًا بالاحتياط لأن القاضي ولو أقام له وكيلا فهو لا يبالغ في الذّبّ عنه، انتهى. وقال بعض شيوخ المدونة في قولها ولا يقام له وكيل خلافا لسحنون في أنه يقام له وكيل، فوجه قول ابن القاسم: إن الوكيل لا يعلم حجج الغائب ويقوم بحجته إن قدم، ووجه قول سحنون: إنّ ذلك يؤدي إلى أن لا تنبرم الأحكام. قال الشيخ: ومذهب ابن القاسم أصْوَب، انتهى، في الخامسة عشرة من العدة وطلاق السنة منه. وفي رابعة قَسَم نهاية التحصيل ما نصّه: قوله ولا يقيم القاضي لغائب أو طفل وكيلًا يقوم بحجته يعني ويبقى الغائب والطفل إذا رشد على أمر حجتهما، وقال سحنون: يقدّم وكيلا ولا [112 أ] تُرْجَى له حجة. والعمل بالقيروان على الجمع بين القولين فيقدم له على قول سحنون وتُرجى له الحجة على قولها. وهذا في ما يتعلق بالخصومة، وأما في قبض حق أو قسمة على غائب أو صبي فللقاضي ذلك وكذلك يقدم له ناظرا في جميع أموره، انتهى.

قلت: قوله وهذا في ما يتعلق بالخصومة، الإشارة بهذا إلى قول المدونة وقول سحنون، وانظر كيف اجتمع قوله وقول الشيخ الباجي ولم يُجعل للصغير وكيل يخاصم عنه ففي كلامهما إيذان بعدم الإعذار إلى الصبي والحمل مثله في كلام الشيخ الباجي حيث قال: فلا معنى لانتظار وضعه حملا. قلت: فهذا اللازم في كلام الشيخ ابن عرفة مبني على أن الإعذار إليه يتعيّن أن يقع في حال كونه حملا يلزمه اطّراد هذا اللازم حتى في حال كونه طفلا، وليس الأمر كذلك لأن كونه حملا

بمنزلة كونه موضوعا طفلا. دليل الجميع ما مَرَّ عن ابن القاسم وهو المشهور وبه العمل أنه لا يُقام لطفلٍ وكيلٌ يقوم بحجته، ومرَّ عن نهاية التحصيل في قولها: ولا يقيم القاضي لغائبٍ أو طفلٍ وكيلاً الخ يعني ويبقى الغائب والصبي إذا رشد على حجّتهما. ثم قال: وهذا في ما يتعلق بالخصومة. ومرّ من كلام الشيخ الباجي قول ابن القاسم في المدونة مَنْ أثبت حقًّا على صغير قُضي له به ولم يُجعل للصغير وكيل يخاصم عنه. فإذا قُضيَ ما على الصغير بعد وضعه من غير أن يقام له وكيل فلا معنى لانتظار وضعه حملا. فهذا صريح في أنّ الحمل كالصغير في عدم الانتظار لقضاء حقٍّ عليهما، وفي أنّ الإعذار إليهما يرجى الرُّشْد، وعلى هذا فاحتجاج الشيخ ابن عرفة لكلام ابن أيمن بالقواعد من خارج النقل في نفس المسألة والنقل نفس المسألة في نحر تلك القواعد مع أنّ ابن أيمن إنما ذكره على معنى أنه نقل في المذهب بدليل قوله: هذا مذهبنا يعني المالكية، ولو كان من مقتضى القواعد التي أشار إليها الشيخ ابن عرفة في الاحتجاج له لكان قوله: هذا ظاهر مذهبنا، لأن الشيخ ابن عرفة قد فسّر قول أهل المذهب إذا قالوا ظاهر المذهب بأن معناه من مقتضى قواعده، فاعرفه. فاحتجاج. . . .[1] بالقواعد احتجاج غير لائق بمنصبه لأنه لا يلاقي كلام. . . .[2] وإنما اللائق به في الاحتجاج إنما هو السَّنَد النقلي الذي أشار إليه ابن أيمن بقوله: هذا مذهبنا، فتأمل ذلك منصفا مما قلته.

وقول الشيخ ابن عرفة: وأما الحكم على غير مقر دون إعذار وكلاهما باطل. أقول مثل هذا يلزم في الصغير بل وفي الغائب الرشيد فإن الحكم عليهما بقضاء ديْن عليهما دون وكيل للخصومة والإعذار

1) بياض بمقدار كلمتين بالأصل.
2) بياض بمقدار كلمتين بالأصل.

ويبقيان على حجتهما إلى قدوم الغائب ورشد الصغير. هو مذهب ابن القاسم والمشهور وبه العمل. وهو حكم على غير مقرّ دون إعذار. أما فَقْد إقرار الغائب فبيّنٌ. وأما فقد إقرار الصغير فكذاك وهو لو وُجِد إقرارٌ حسًّا فهو كمعدوم حِسًّا لأن الصبا والحجر يلغي الإقرار مطلقا. قاله الشيخ ابن عرفة في إقرار مختصره وغيره. والقاعدة أنّ « المعدوم [112 ب] شرعا كالمعدوم حسًّا » فصار الحكم عليهما بقضاء حقٍ قِيمَ به عليهما حكما على غير مقرٍّ دون إعذار واستشكال ما عِلْمه ضروري من الشرعيات غير لائق بجلالته. ثم لي أن نمنع أن يكون الحكم بتعجيل القضاء حكما بتًّا بل هو حكم بين حكمين والإمام كثيرًا ما يُعطِي المسألة حكما بين حكميْن بقضاء دين صاحب الدين وحصل مقصد التنازع في إيصال ذي الحق إلى حقه ثم إرجاء الحجة للغائب والصغير والحمل. حتى أنه إذا أتى أحدهم بحجة توجب إسقاط الحق رجع به على قابضه ولهذا أوجب تسمية البينة في الحكم عليه على المشهور، وإن لم يسمّها فسخ الحكم على المشهور وذلك ليتمكن من الإعذار فيها يومًا هو أو وارثه. ولو بيع ربعه في ذلك كان له الرجوع فيه إذا أثبت أنه كان دفعه قبل أو أنّ صاحبه كان أبْرأَهُ منه، لكن إنما يرجع في ربعه بعد دفع الثمن لأنه بيع بتأويل وشبهة واجتهاد إعطاء المسألة حكمًا بين حكميْن حسبما حققه الشيخ الجد -رحمه الله تعالى- في كتاب إعلام الأعلام وغيره.

وللشيخ ابن عرفة -رحمه الله تعالى- في موضع آخر وهو الورقة الأخيرة من مختصره بعد أن نقل كلام الشيخين الباجي وابن رشد ما نصّه: قول ابن أيْمن هو الأظهر وبه العمل عندنا ودليله من وجهين. الأول أن قضاء الديْن لا يكون إلاّ بحكم والحكم يتوقّف على موت المَدين وعدد ورثته ولا يتقرّر ورثته إلاّ بوضع الحمل، فالحكم متوقّف

على الوضع وقضاء الدين متوقّف على الحكم والمُوقَف على مُوقَف على أمر مُوقفٌ على ذلك الأمر. الثاني أنّ حكم الحاكم بالدين متوقف على الإعذار لكل الورثة والحمل منهم ولا يتقرّر الإعذار إليه إلاّ بوصي أو مقدّم وكلاهما يستحيل قبل وضعه، انتهى.

فأما قوله: قول ابن أيمن هو الأظهر وبه العمل عندنا فجوابه أنّ العمل إذا لم يستند إلى قول منصوص فإنه لا يعوّل عليه لأن المتبع النص قاله في الورقة الرابعة والثمانين من تذكير الغافل، وكرّره في الورقة الخامسة والثمانين ومائة منه. ودليلي على فقد قولٍ منصوص بتأخير قضاء الديْن لوضع حمل زوجة الميت المَدِين يستند إليه العملُ المذكور. قول القاضي أبي الوليد بن رشد: ويؤدى الدين ولا ينتظر به الحمل، لا أعْرفُ في ذلك خلافًا إلاّ ما ذكر مِن غلَط بعض الشيوخ الذي لا يعدّ خلافا، انتهى. وقد ساقه ابن عرفة في الموضع الأول ولم يتعقّبه بحفظِ خلافٍ فيه ينقض به الاتفاق ويحال. وكذا الشيخ أبو الوليد الباجي نقل عنه الشيخ ابن عرفة في هذا الموضع الثاني أنه قال: المسائل ثلاث الدين يؤدَّى ولا يؤخّر لوضع الحمل والتركة يؤخّر قسْمُها لوضعه اتفاقا فيهما والوصايا مختلَف فيها، وما تعقّبه الشيخ ابن عرفة من حيث نقض الاتفاق بنقلٍ يخالفه بحال.

وأما قوله: ودليله من وجهين الأول أن قضاء الدين لا يكون إلاّ بحكم والحكم يتوقّف على الموت وعدد الورثة ولا يتقرر ورثةٌ إلاّ بوضْع الحمل. فالحكم متوقف على الوضع، وقضاء الدّيْن [113 أ] متوقّف على الحكم، والمُوقَف على مُوقَف على أمر مُوقَفٌ على ذلك الأمر. فجوابه بمنع توقّف الحكم على وضع الحمل وإنما الشأن أن يعجل القضاء قبله لصحة النقل بذلك عن الشيخ الباجي وابن رشد، وكفى بهما ثقة في المذهب، فطريق العمل في ذلك ما قالاه. وقد شاهدتُ

الحكم بالقيروان يقدمون مقدَّما لإسقاط الإعذار ثم ترجى له الحجة. وشاهدتُ بتونس في قضية غائب أسقط عنه الإعذار في دعوى نكاح وهو قضية بنت عبد الله الكركوري. ثم هو على حجته. وقد مرّ عن نهاية التحصيل في الغائب والصّبي يقدّم له ناظر في جميع أموره بعد أن تكلم في منع إقامة وكيل لهما في الحكم في استحقاق الرَّبْع في الخصومة ويبقى كل من الغائب والصبي إذا رشد على حجتهما. قلت: ومعناه فإن كان للصبي أب أو وصيّ أب وَلِيَ ذلك ولا تُرجَى للصبي حجة على ما وقع في ترجمة وثيقة بحلّ حبس في الورقة السادسة والثمانين من الطرر وفي أحكام ابن بطّال بعد أن ذكر قولين في تعجيز الوصي هل هو تعجيز للمحجور. قال: والذي به العمل أن تعجيز الوصي تعجيز للمحجور، انتهى. وفي أحكام الشعبي: الأصحّ أن تعجيزه ليس بتعجيز للمحجور، لكن في الطرر أنّ الأعقاب ترجى لهم الحجة ولا يُرَدُّوا نقضًا على مسألة الحمل لأنهم لا يمكن أن يكون لهم وصيّ لأنهم لا يحاط بهم بخلاف الحمل. وقد شاهدتُ القاضي الزناتي بالقيروان قدّم مقدَّما في حق الأعقاب لإسقاط الإعذار في حل حبس أظنه للبَرِيبَرِيّين[1]. ثم في حُبُس كذلك لبعض أهل وسْلات مخدوش فيه وحكم ببطلانه بعد إسقاط الإعذار من المقدّم على الأعقاب ومن الرشداء في حق أنفسهم.

فما قاله القاضيان ابن رشد والباجي من تعجيل أداء ديْن على الميّت ولا ينتظر وضع حمل زوجته، وما قاله الشيخ الباجي: إذا كان يُقضَى ما على الصغير مِن غير إقامة وكيل له عند ابن القاسم في المدونة فلا معنى لانتظاره حملا. يشهد لصحّته قاعدة التقادير وهي « إعطاء المعدوم حكم الموجود ». سرد الشيخ شهاب الدين -رحمه الله تعالى- في الباب العاشر من كتاب الأمنية أمثله عديدة من هذه القاعدة موزّعة في

1) كذا وردت الكلمة بالأصل.

أبواب الفقه وأردفها بقوله: وهو كثير جدا حتى لا يكاد يخلو منه باب من أبواب الفقه فتأمَّلْه تجِدْه، انتهى كلامه.

ووقع في فصل الحكم من شرح مختصر المحصول لمؤلفه ما نصّه: قد ثبت في كتب الأئمة أنه لا يخلو باب من أبواب الفقه عن هذه القاعدة فاعرفه، انتهى. ووقع في القاعدة الثانية من المسألة الأولى من أولى قواعد النحو من ترتيب القواعد والفروق في الورقة الثانية عشرة ما نصّه: القاعدة أن المقدرات لا تنافي المجتمعات، انتهى. قلت: وإذا كانت المقدرات حالة كونها مقدّرة لا تنافي المجتمعات بل تساويها وتلاقيها حصل المطلوب من إعطاء المعدوم وهو مَن سيوجد أو من كان حملا حكمَ الموجود وهو في ذلك لا ينافي الموجود حكمًا، فتدبره. ووقع في [113 ب] آخر إعلام الأعلام أن موضوع قاعدة التقادير الشرعية هو الأسباب والشروط والموانع التي تتوقف عليها الأحكام.

قلت: وحمل زوجة الميت المدين الذي هو موضوع كلام الشيوخ الباجي وابن رشد وابن عرفة من باب المانع حسبما يأتي تقريره في التذييل على فصول جوابي عن النازلة. واعرف ما في الورقة السابعة والثمانين ومائة من الجزء الثاني: وإذا أُعْطِي حمل زوجة الميت المدين وهو غائب عن العين حكمَ الموجود فيها، عملا بما مرَّ للشيخ الباجي وتحكيمًا للقاعدة العامة في أبواب الفقه، سقط القول بتوقّف قضاء القاضي على الوضع فيُقدّر موجودًا في تعجيل القضاء معدومًا في بقاء حجته كحال الغائب سواء، تحكيما لما مرّ مِن النقول والقاعدة وإعطاؤه حكمًا بين حكميْن فيترتب الأمر بقضاء الديْن بعد إسقاط الإعذار من رشيد الورثة ومن المقدم في ذلك، ويعجل القاضي قضاء الدين ويسمّي البينات في ذلك. وبهذا انقطعت سلسلة التوقفات التي أوردها الشيخ ابن عرفة. والله تعالى أعلم.

وأما قوله الثاني إن حكم الحاكم بالدّيْن يتوقّف على الإعذار لكل الورثة والحمل منهم. ولا يتقرر الإعذار إليه إلاّ لوصي أو مقدّم وكِلاهُما يستحيل قبل وضعه. فجوابه بمنع الاستحالة لما مرَّ من أنه يقدّم له مقدّم، وتقدم قولها: ولا يقيم القاضي لغائب أو طفل وكيلًا يقوم بحجّته. وقول نهاية التحصيل يعني ويبقى الغائب والصبي إذا رشد على حجَّتهما، ثم قال: وهذا في ما يتعلق بالخصومة، وأما في قبض حق أو قسمة فللقاضي ذلك. وقد نصّ على هذا المعنى في آخر باب القسمة على ذات الزوجة والصبي وكذلك يقدّم له ناظرا في جميع أموره، انتهى من نهاية التحصيل. وقد مرّ أيضا من قول الشيخ الباجي: إذا قُضِي ما على الصغير مِن غير أن يُقام له وكيل على قول ابن القاسم في المدونة ولا ينتظر فلا معنى لانتظاره حملاً فراجعْه.

قلت: حاصله أنه لا يقدِّم له وكيلاً للخصومة وإنما يقدم له ناظرًا في أموره وإسقاط الإعذار منها لأنه إذا خرج استحقاق الربع والخصومة بصريح كلامه وكان له التقديم عليه في جميع أموره غير ما خرج صار التقديم لمجرّد إسقاط الإعذار من تلك الأمور بأنه غير استحقاق ربْع وغير خصومة، وهذا تقرير ظاهر. ومعنى كلام الشيخ الباجي أنّ الحمل يبقى إذا وضع على حجته لأنه أجْراهُ مجْرى الصبي في قول ابن القاسم: والصبي على حجّته كالغائب في نص المدونة وغيرهما. وفي ما مرّ من كلام نهاية التحصيل. [1]. على الصبي يبقى إذا رشد على حجته رفع للاستحالة. [2]. دعا الشيخ ابن عرفة في قوله الإعذار إليه لوصي أو مقدّم مستحيل قبل وضعه وتحرير جوابي عن الاستحالة يمنع الاستحالة بدليل كلام الشيخين الباجي ونهاية التحصيل.

1) بياض بمقدار ثلاث كلمات بالأصل.
2) بياض بمقدار ثلاث كلمات بالأصل.

وقول نهاية التحصيل [114 أ] في مسألة المدونة يعني: ويبقي الغائب والصبي إذا رشد على حجتهما، ظاهره يقتضي عدم التقديم عليه للإعذار في ما ثبت عليه، لأنه حل بهذه الغيابة قول المدونة: ولا يُقيم لهما وكيلا لكن يفسره ماله في قولها قبْل: فمَن ادَّعى دارًا بيد غائب إلى قوله: سمعتُ مَن يذكر عن مالك أنه لا يُقضى على الغائب في الدور. فساقَ منع القضاء على الغائب القريب اتفاقا وفي البعيد كالأندلس من مصر. المنْع لمالك والجواز لابن القاسم. وعن عبد الملك: يُحكَم عليه مطلقا فقال: وهذا الخلاف إنما هو في الاستحقاق وحده. اعرفه فيه ومرّ قول الشيخ هذا الخلاف في الدعوى عليه: إذا تقرّر هذا البحث في مسألة حَمْل زوجة الميت المدين.

فلنرجع إلى التذييل على فصول جوابي المسطور عن النازلة التي ذيلت عليها البحث هنا. فنقول: قولي: حمل زوجة الميت المدين غير هذا الحمل في هذه الواقعة قطعًا، هذا لأن الحمل في المسألة الواقعة حمل بامرأة مُوصَى لولد زوجها فحملها ليس من الميت المدين الموروث، والزوجة الحامل به ليست زوجة للميت المدين، وهذا أمر لا إشكال فيه. وهذا جواب الفصل الأول من فصْلَيْ السؤال وظهر به أنّ حجّة ربّ الديْن هي الناهضة حيث قال: مسألتها هذه ليست مسألة زوجة الميت المدين إذا تركها حاملا. وسيأتي الآن الجواب عن الفصل الثاني من فصليْ السؤال. فقولي: وقياس الحمل الموصى له والأولاد على ذلك الحمل الخ، هذا شروع في الجواب عن الفصل الثاني، والإشارة في قولي على ذلك الحمل عائدة إلى حمل زوجة الميت المدين. وإنما لا يصح قياس الحمل والأولاد الموصى لهم في النازلة على حمل زوجة الميت المدين لأن حمل زوجة الميت المدين من باب المانع، حسبما صرح به الشيخ ابن ناجي في الورقة الحادية عشرة

مِن طلاق السُّنَّة من صغيرِهِ عن شيخه ابن عرفة. وإذا كان حمل زوجة الميت من باب المانع فلا. [1] آخر عليه في حكمه لأنا نقول: لمَّا أن تكلّم الشيخ جلال الدين المحلّي في أول القياس من شرحه لجمْع الجوامع على القول بمنع القياس في الأسباب والشروط والموانع وقدم الكلام في منعه في الأسباب حكى عن الشيخيْن الآمدي وابن الحاجب تصحيح القول بمنعه فيها. ثم قال المحلي: ويجري هذا الخلاف في الشروط والموانع.

قلت: ولهذا الإجراء جمع الثلاثة الشيخ تاج الدين بن السبكي في القول بمنع القياس عليها يدلّ على جرْي القول بالمنع في ثلاثتها راجحًا ومرجوحًا، فتدبّره. وأما الشيخ شهاب الدين -رحمه الله تعالى- في شرح مختصر المحصول له فإنه أفرد الأسباب بالكلام عليها قائلا: المشهور منع القياس عليها وسكت عن الشروط والموانع، فاعرفه. فصحيح ابن الحاجب والآمدي هو مشهور شهاب الدين. وأفادنا الشيخ المحلي إجراء ذلك في الشروط والموانع، فدلّ على أن المشهور والصحيح منع القياس عليه وحمل زوجة الميت المَدين مانع بشهادة الشيخ ابن عرفة [114 ب] فلا يقاس عليه حمل آخر، كحمل زوجة الموصى لولده ولا أولاد الموصَى لولده في تأخير إخراج الدَيْن الذي على الميت المَدين، لأجل هذا الحمل الذي هو غير حمل زوجة الميت المدين الهالك عملا بالمشهور. والصحيح في منع القياس على المانع، فافهم ذلك فهذا معنى قولي: لا يصح القياس أصلاً حسبما تقرر في الأصول وشدا طرفا منه معناه أحسن طرفا منه[2].

1) بياض بمقدار كلمتين بالأصل.
2) كذا وردت الجملة بالأصل.

وقولي: هذا لو سُلّم العمل الذي نقل الشيخ ابن عرفة في التأخير لوضع حمل زوجة الميت المدين. الإشارة بهذا تعود على نفي صحة القياس المدلول عليه بقولي: لا يصح القياس، أي هذا المنع من القياس حاصلٌ لو سُلّم العمل الذي مرَّ نقله عن ابن عرفة في تأخير قضاء دين على الميت لوضع حمل زوجته، لأن الذي يمنع صحة القياس وينفيه هو ما قررته من كونه قياسًا على مانع، والمانع لا يقاس عليه حسبما بينتُه.

وقولي: وكيف والعمل غير مسلّم في نفسه للوجهين المذكورين في الجواب. [1] إلى الأول منهما بقولي لأنه محجوج بالاتّفاق الذي نقله. ولم يبحث فيه الشيخ ابن عرفة من حيث الاتفاق بحال. ومرادي بالثقاة الشيخين الباجي وابن رشد وغيرهما، وقد مرّ تقرير ذلك عنهم وبحث الشيخ ابن عرفة معهما لا من حيث قدح في الاتفاق ولا توهيم لهما فيه بل من اقتضاء قواعد خارجية حسبما مرّ ذلك. وأشرتُ إلى الثاني منهما بقولي: وبأن العمل إذا لم يوافق قولاً منصوصًا فلا يعوَّل عليه. وقد قرّرْتُ في ما سلَف أن العمل المذكور الذي احتج به الشيخ ابن عرفة في بلده لم يستند إلى قولٍ منصوص لأن الشيخيْن أبا الوليد الباجي وأبا الوليد بن رشد قد حكيا الاتفاق على تعجيل إخراجه فصار العمل المذكور خلا عن استنادٍ إلى قول منصوص. والقاعدة أن « العمل إذا لم يستندْ إلى قول منصوصٍ فإنه لا يعوَّل عليه » حسبما مرَّ عَزْوه فصار الحمل في النازلة غير مانع من تعجيل قضاء الدّيْن لوجهيْن، أحدهما أنه ليس هو حمل زوجة الميت المدين قطعا فلا يكون موضوع عمل ابن عرفة ولا يُقاس على حمل زوجة الميت المدين لأن القياس عليه قياس في مانع. وثانيهما أن العمل في حمل زوجة الميت المدين غير صحيح

1) بياض بمقدار كلمة بالأصل.

لأنه لا سَنَد له منصوصًا للاتفاق على أنه لا يمنع إخراج الديْن، فاختل العمل المذكور لفقد سنده، وإذا بطل العمل في الأصل فكيف يصح الإلحاق بذلك الأصل والتخريج عليه في حكم قد بطل سنده.

وبقي وجه ثالث يخدش في العمل المذكور وتقريره أن العمل لو سُلّم سنده فإنه لا يكون حجة اليوم إلاّ بعد أن يثبت استصحابها إلى يومنا هذا، أعني وقت وقوع هذه النازلة. لكن لما أن كان الأصل استصحاب حالِ ما ثبت وجوده حتى يثْبتَ رافِعُهُ تركتُ ذكر هذا الوجه في أصل الجواب على أن الاستصحاب لم يصحّ. والذي شاهدتُه مرارًا مِن فعْل القضاة قضاءُ ديْنٍ على الميت المَدين ولا ينتظرون وضع حمل زوجته. ثم [115 أ] أشرت إلى تمتين الاتفاق بوجهين، الأول ثقة ناقِلَيْه وهما الشيخان ابن رشد والباجي وغيرهما. والثاني عدم تعرّض ابن عرفة لنقل خلاف ينقض به الاتفاق، وإنما بحث فيه ببحثٍ عقلي. وفي هذا القدر من التذييل كفاية. والله تعالى أعلم، وبه التوفيق.

الحمد لله، سألني الفقيه علي ابن التاجر محمد اللويزي الصفاقسي من صفاقس في أوائل صفر الخير عام اثنين وألف [1002 هـ / أواخر أكتوبر 1594 م] عن نسخة رسم بعد افتتاحه: تصدّق الشاب محمد ابن محمد بن بالنور الفتوحي على بناته الصّغار السن عائشة والزرقاء وفاطمة بجميع الفرن الغربي الباب بالقرب من باب البحر، وجميع الفندق الغربي الباب بالموضع المذكور، ومعرفتهما به وبوالده المذكور كافية عن تحديدهما، وجميع المخزن الكائن بقيسارية فلان، يحدّه كذا وكذا، وجميع نصف الفرن الغربي الباب الكائن بحارة فلان يحدّه كذا وكذا بالسواء بين بناته الثلاثة، صدقةً صحيحة بتّةً بتْلة لوجه الله العظيم، وابتغاء ثوابه الوافر الجسيم، إنه سبحانه يجزي المتصدّقين. صرم ذلك مِن ماله وأبانَهُ مِن كَسْبِه وصيَّره بحكم هذه الصدقة ملكًا من أملاك بناته

المذكورات. رفع عن ذلك كله يد الملك ووضع عليها يد الحوز لبناته المذكورات كما يحوز الآباء لصغار أبنائهم. وأكرى جميع الفرن المبدّأ بذكره لفلان بكذا، وأكرى الفندق المذكور لفلان وفلان وفلان بكراء مسمى، وأكرى المخزن المذكور لفلان بكذا بشهادة شهيديْه عن بناته المذكورات تتْميمًا للصدقة المذكورة وإمضاءً لحكمها. وشهد على إشهاده بذلك وهو بحال صحة وطوع وجواز أمْرٍ. وعرفه بتاريخ أوائل شهر ربيع الثاني من عام ثلاثة وستين وتسعمائة [963 هـ / أواسط فيفري 1556 م] فلان وفلان.

وتحتها سؤال نصّه بعد افتتاحه: جوابكم بعد تأملكم من نسخة الصدقة المذكورة أعلاه وقد قام بعض ورثة انجرَّتْ له الوراثة من المتصدق المذكور وقدحوا في الصدقة بأنها كانت منه في زمن الوباء وكان المتصدق أصابَهُ مرض الوباء في الشهر التالي لشهر تاريخ الصدقة، ومات من مرضه المذكور، والبنات على حال لم يبلغْنَ مبلغ الرّشد وكان الوباء شديدا. ولم يبيّن قدر كراء الفندق إلاّ من قول شهوده بكراء مسمّى ولم يذكر كراء نصف الفرن. فهل يكون ما ذكر قادحا في الصدقة أو غير قادح فيها؟ والحالة أن والدهن أوْصى عليهنّ أمّهنَّ ونابتْ عنهن بحكم الإيصاء في الإكراء وغيره مِن أمورهن بعد وفاته إلى أن ماتت، وعادة بلدهم يكتبون الصدقات على الأصاغر ويذكرون حوز واليهم ولا يذكرون فيها القبول وهم يعملون بها. جوابكم تُؤْجَرون، والسلام.

فأجبتُ بما نصه بعد افتتاحه: إذا كان الأمر كما ذُكر فلا يُوهن الصدقة المذكورة كون الوباء موجودا في بلد النازلة وقت عقدها، عملا بفتوى الشيخ ابن عرفة في ذلك وتلميذه الشيخ الغبريني ففعْل [115 ب] حاضر الوباء كفعل الصحيح حتى يصيبه المذكور. ومجرّد إشهاد الأب بصدقته على أبكار بناته يُغْني عن الحيازة بإحضار الشهود لهما

في ما لا يسكنه الأب ولا يلبسه. قاله الشيخ المتيطي. وفي كتاب بلوغ الأمنية: كره ابن القاسم أنْ يُذكر في كتاب الصدقة أن الأب احتازها من نفسه بما يحوز به الأباء لمن يَلُون مِن أبنائهم. ورأى السكوت عنه أحسن لأن السّنّة قد أحكمتْ أنه القابض لهم، انتهى. وهذا مغن عن الإكْراء الواقع في رسم الصدقة لكنه إن وقع إكراؤه كان حوزًا أيضا وإن لم يقل أكريتُ لهنّ، وإن لم يكتب الكراء باسمهن، ولكن أكرى باسم نفسه. وأنكر ابن القاسم -رضي الله تعالى عنه- قول من قال: لا يجوز أن يكتب الكراء الأب باسم نفسه وعَابَهُ ورَآهُ خطأً. قال: وهو خلاف لسنّة المسلمين ولا أعلم أحدا قاله من الناس. قال ابن رشد: يعني من العلماء. ومثله قول مالك: ولا أعلم فيه خلافا في المذهب، انتهى. فعُلِم مِن هذا خاصة أنّ الصدقة صحيحة عاملة ولا وهن فيها بما ذكره السائل. وتصرُّفُ والدتهنّ عنهنّ بحكم الإيصاء لا يوهن الصدقة، ومع ذلك فهو غير مفتقر إليه لأنهنّ لم يبلغْن في حياة الأب مبلغ الحوز لأنفسهن. والله تعالى أعلم، وبه التوفيق.

تذييل، أما فتوى الشيخ ابن عرفة فوجدتُها في حاشية عليه في طلاق حاضر الزّحْفِ من طلاق مختصره بخط الشيخ بالنور الأربسي، ونصّ ما في الحاشية، البرزلي انظر حاضرَ الوباء هل هو كحاضر الزحف؟ وقد سَوّى بينهما اللّخمي في باب المفقود أو ليس مثله؟ وهو اختيار شيخنا ابن عرفة أنه كالصحيح، انتهى. وأما فتوى الشيخ الغبريني فنقلها عنه الشيخ البرزلي في ثانية العدة من كتابه وذكر عن نفسه أنه أفتى إذا كان الوباء ذريعًا يذهب بنصف الناس أو ثلثهم أو نحوه فحمله كحاضر الزحف أو أشدّ، انتهى. ولموافقة الشيخ ابن عرفة مع الشيخ الغبريني درجتُ على الصحة ورأيتُ في نوازل أجوبة الشيخ أبي مهدي عيسى الغبريني نقَلَها عنه الشيخ قاضي الجماعة أبو العباس أحمد القلشاني بعد

أن تكلّم على تبرّعات حاضرِ الوباء، ختَمهُ بقوله: استشكل بعض الطلبة حكم الصحيح في زمن الوباء وقاسه على حاضر الزحف وهو غير بعيد، لكن الروايات كلها مقتضاها خلافه وأن حكمه حكم الصحيح حقيقة. وأشار إلى أن الطالب هو الغرياني. قال الشيخ القلشاني: وفهمنا منه أنه قاضٍ بطرابلس الآن، انتهى من أجوبة الغبريني.

وما قاله الشيخ المتيطي نقله عنه الشيخ ابن عرفة في ثالثة هبة مختصره في أول بحث الحوز الحكمي ونصّه: الحوز المعنوي الحكمي حوزُ الولي لمن في حجره فيدخل الكبير السفيه، وفيها لا الوالد لولده العبد ولا الأم لولدها إلاّ أن يكون عليه وصيا. ومرَّ عمل الموثقين على كتبهم، وتولّى الأب قبض هذه الصدقة من نفسه لابنه واحتازها له من نفسه. وفي كتاب [116 أ] المتيطي: صَرَمها من ماله وأبانها من ملكه وصيّرها من أملاك ابنه. ثم قال: والإشهاد بصدقته يغني عن الحيازة بإحضار الشهود لها في ما لا يسكنه الأب ولا يلبسه. وكره ابن القاسم كتْبها أنّ الأب احتاز ذلك من نفسه بما يحوز به الآباء لأبنائهم، ورأى السكوت عنه أحسن لأن السنة أحكمت أنه القابض لهم. ابن عرفة ونقله ابن عات.

قلت: الذي في طرر ابن عات هو كراهة ابن القاسم المذكورة ذكرها في الورقة الثامنة والثمانين من طرره في ترجمة وثيقة صدقة بدارٍ لا يسكنها الأب على مَن في حجره. والطرر المذكورة هو مرادي بكتاب بلوغ الأمنية. ونقله البرزلي في تاسعة هبته. واعرف تجهيل ابن راشد لمن يقول في الوثيقة: احتازها من نفسه بما يحوز به الآباء لمن يلُونَ من أبنائهم ومع ذلك في تاسعة هبة كبير ابن ناجي قائلا: وصوَّب قوله شيخنا الغبريني. ووقع كلام ابن راشد أيضا في الورقة التاسعة والعشرين من حبس البرزلي قائلا: وفي شرح ابن عبد السلام: لا بد أن يقول

رفع عنه يد الملك ووضع عليه يد الحوز وإلاّ لم يكن حوزه حوزًا. وأظنّ أني سمعتُ من شيخنا الإمام أن ظاهر الروايات خلافه، انتهى من البرزلي في الحبس. وله في تاسعة هبته ما نصّه: قال ابن راشد: لا يقول احتازاها مِن نفْسِه بما يحوز به الآباء لمن يَلُون عليه إلاّ جَهَلة الموثقين، لأن نفس إشهاده حيازة عند ابن القاسم. وقول ابن عبد السلام: لا بد أن يقول رفع عنه يد الملك ووضع عليه يد الحوْز وإلاّ فلا يكون حوزه حوزًا، إنكار الأول إنكار لهذا أحرى ونفس الإشهاد يستلزمه. قلت: وإلى هذا الإشارةُ بقول هبة الشامل: وصحّ حوز واهب ولو غير أب لمحجوره وإن سفيهًا إذا أشهد.

وحاصل هذا البحث وهو الحوز لمن عليه ولاية أن تقول العطية مِن ولي الصغير له وليّه هو المتولي لحوزها لقول هبتها: والأب يحوز لصِغار بَنِيه ومن بلغ من أبكار بناته ما وهبه هو وأشهد عليه. إلى أن قال: وذلك إلى الأب أو الوصي، انتهى. فلو حَوَّز الأب صدقته على ابنه الصغير أجنبيا فقال محمد: يصحّ حوزه، وقال ابن القاسم وأشهب: لا يصح حوزه. وقع في ثامنة حبس مختصر النهاية ما نصّه: مسألة وإذا حبس الرجل على محجور فالأحسن في ذلك أن يقبض له وَصِيّه أو غيره ليخرج بذلك من الخلاف في قبض المولّى عليه ما حُبّس عليه. فإن كان إلى نظر المحبس فهو الحائز له ما حُبّس عليه أو وهب له. فإن كان معه وصي آخر حاز الوصي الآخر له أو أجنبي. وقيل يجوز أن يحوز له هو، انتهى.

قلت: قوله أولاً أو غيره، وقوله ثانيا أو أجنبي يقتضي جواز حوز غير الوصيّ له مع وجود الوصيّ في ما حبّسه عليه الوصي فيحتمل أن يكون حكم الوصي بخلاف حكم الأب. ويحتمل لتعوّد الأوصياء ويحتمل أنه خلاف مذهب ابن القاسم [116 ب] وأشهب الذي نقل ابن ناجي

في سابعة هبة كبيره وهو الذي نقله في المتن عنه، والله تعالى أعلم. هكذا وقع في سابعة هبة كبير ابن ناجي في قولها: قال ابن القاسم: ومَن وهب لصغير هبة وجعل مَن يحوزها له إلى أن يبلغ وتُرضَى حاله فتُدْفَع إليه وأشهد له بذلك فذلك حوْزٌ وإن كان له أب أو وصي حاضر فإذا بلغ فله أن يقبض، انتهى. قلت: فرع اختلاف محمد وابن القاسم فرع صدقة الأب على صغير ولده، وفرع المدونة فرع هبة أجنبي لصغير ذي أب، وحوز الأب لصغير ولده ما أعطاه معناه في ما يُعرف بعينه، وأمَّا ما لا يعرف بعينه وهو المَكيل والموزون والمعدود وكدار السكنى وكما يلبسه الأب فحوْز ذلك إنما يكون على يد غير الأب وغير وليّه عموما إذا أعطاه الولي ذلك، ولا يصحّ بحوز أبيه المعطي ولو طبع عليه بمحظر الشهود. قال في الشامل: على الأصح، وعليه أيضا درج في المختصر وهي رواية المصريين.

فائدة: مرّ في كلام الشيخ ابن عرفة في صدر الحوز الحكمي إجراء السفيه مجرى الصغير في أنّ حوز الأب هو المصحح لعطية ما أعطاه لهما، وهو أيضا صريح في لفظ المدونة في قولها وليس للابنة وإن ولدتْ الأولاد وهي سفيهة ولا للابن البالغ السفيه حوزٌ ولا أمرٌ. وكذلك إن كانت الابنة بالغة مرضية ولم يبرز وجهها وذلك إلى الأب أو الوصي، لكن يعارضه ويقيّده ما وقع في ثالثة هبة حواشي الشيخ الطرابلسي ونصّه: قوله: وليس للابنة ولو ولدتْ الأولاد وهي سفيهة ولا للابن البالغ السفيه حوزٌ ولا أمر، معناه إن طلبا ذلك مِن أبيهما أو وصيّهما أو ممن تصدّق عليهما غيرهما مع وجود أحدهما بان الحوز إلى الأب أو الوصي كما قاله بعد لا أنهما لو حازا لم يصحّ حوزهما بل هو صحيح مع وجود الأب أو الوصي أو عدمهما تصدق عليهما هما أو غيرهما وكذلك حوز الصغير نصّ على ذلك ابن زرب واللؤلؤي

وغير واحد من الأندلسيين. وقيل: لا يصح والأول أظهر. والله تعالى أعلم، انتهى.

قلت: في ثامنة هبة كبير ابن ناجي ما نصّه: يقوم مِن قولها إنّ حوْز السفيه لنفسه ما وهب له لا يصح وهو كذلك، قاله الباجي في وثائقه وهو نصها بعد قولها: وليس للبالغ السفيه حوزٌ ولا أمر. وقيل: يصح، قاله محمد بن المواز وسحنون ومطرف، انتهى، وإلى السفيه والصغير وذي ولاية مطلقا. أشار في الشامل في وقْفِه بقوله: وإن كان على معيّنٍ رشيدٍ فلا بد مِن حيازته كولي صغير هل يكفي حوز محجورٍ عليه؟ قولان، فإن لم يكن له ولي جازتْ حيازته اتفاقا، انتهى. ووقع في ترجمة وثيقة بحبس على مولّى عليه. من الطرر عن ابن زرب: مَن تصدّق على صغير من أب أو غيره وحوّزها له فاحتازها منه في حياته فهي تامة وتنفذ ويكره ابتداء، انتهى. ونقلها البرزلي في الورقة الثالثة والثلاثين مِن حُبُسه قائلا: لعلها تجري على وكالته، هل هي جائزة أو مكروهة؟ وتقدّم في المديان والوصايا الثاني ما يهدي إلى الجواز، انتهى.

قلت: هذا الفرع كما قد [117 أ] رأيتَ ذكره ابن عرفة في الهبة وفرضها في الصدقة، والطرابلسي كذلك، وفي المدونة في هبة ونقله الشامل والبرزلي والطرر في الحبس وفرضها في الطرر في الصدقة فهل ذلك كله على أن حكم الأبواب الثلاثة التي من شرطها الحوز واحد؟ فتأمله. فلهذا تقدّم مني أنْ عبّرتُ بلفظ العطية ليكون الحكم متناولاً للجميع، فاعرف ذلك.

وأما العطية للصغير من غير وليه فالحائز لها وليّه ولا يحوزها له المعطي لقول هبتها: ولا يكون حائزًا للموهوب له إلاّ أب أو وصي أو

من يحوز أمره. المغربي: هو مقدم القاضي. ابن ناجي: يعني كوكيل القاضي، قاله عياض. ولقولها: ولا تكون الأم حائزة لما وهبتْه لصغار بنيها وإن أشهدتْ ولا لما تصدّقتْ به عليهم إلاّ أن تكون وصية. ابن ناجي في ثامنة هبة كبيره: وأما ما وهبه أجنبي لولدها وجعله بيدها فهو حوْز، انتهى. ووقع في خامسة هبة الشيخ ابن عرفة -رحمه الله تعالى- عزْو قصْر حوز المعطي عطيته صغيرًا على الأب ووصيه والسلطان ومقدمه للمشهور، وساق مع المشهور أقوالاً ثلاثة.

قلت وللمعطي أن يجعل حوز ذلك على يد غير وليه لقول هبتها ومن وهب لابنه الصغير العبد هبةً وأشهد لم يكن حائزا له لأن سيّده يحوز ماله دون الأب، فإن جعل الأب هذه الهبة بيد أجنبي يحوزها للصبي جاز ذلك وكان حوزا وإنْ كره السيد. قلت: ولذا قال الشيخ ابن عرفة قول المتيطي: من حبَّس على صبي صغير لا أب له ولا وصي فقدّم مَن يحوز له جاز، مفْهُومهُ أنه لو كان له ولي لم يصحّ حوز الأجنبي له. وهو خلاف قولها: ومَن وهب لابنه الصغير العبد المسألة، انتهى. زاد في مفيد الحكام من جواب ابن القاسم لسحنون وأن الابن في هذا كالأجنبي. قال ابن القاسم: وقد سمعتُ مالكًا يقول في من تصدّق على صغير بصدقة أنَّ حيازته له ليست حيازة إلاّ أن يكون المتصدّق والدًا أو وصيًا، وساق مسألة الأم الواهبة حسبما هي في المدونة، انتهى. وقال المغربي في مسألة الابن العبد: لا مفهوم لقوله الصغير بل وكذلك الكبير. قلت: ولقولها أيضا: قال ابن القاسم: ومَن وهب لصغير هبة وجعل من يحوزها له إلى أن يبلغ ورُضِي حاله فتدفع إليه وأشهد له بذلك فذلك حوز، وإن كان له أب أو وصي حاضر فإذا بلغ فله أن يقبض، انتهى. واعرف هذا التقرير مرّ في الورقة التاسعة والثلاثين ومائة من هذا الجزء.

قاعدة: هذا الذي ذكرتُه في أن المعطي يجوز له أن يجعل من يحوز عطيته للصغير غير وليه خاصٌّ بالصغير -كما مرَّ- وأما الكبير فقال في خامسة حبس مختصر النهاية: مَن حبَّس على صغير لا أب له ولا وصيّ فقدّم مَن يحوز له جاز، وكذا الحبس على الكبير لأنه إجراء غلة فقط وليس بتمليك. ولو كانت صدقة أو هبة لجاز ذلك في الصغير إلى أن يكبر، ولا يجوز في الكبير أن يوكّل مَن يقبض له إلاّ أن يكون غائبا وأما الحاضر فلا، وساقها من كتاب الهبة ومن كتاب الصدقة، [117 ب] انتهى. وفي معنى الكبير الرشيد حسبما صرّح بلفظ الرشيد [1] في قول المختصر أو لم يحزه كبير ووقف عليه، وإليه أشار في وقف الشامل بقوله: وصحّتْ بوكالة مِن محبَّس عليه وإن بحضوره وإن قدّم الواقف مَن يحوز له جاز. وفي الهبة والصدقة يجوز للغائب فقط. وهذا الفرع في هبتها وتكلم عليه ابن ناجي في ثامنة هبة كبيره.

قلت: لا معارضة بين قول المغربي: لا مفهوم لقوله الصغير بل وكذلك الكبير وبين الكبير في كلام مختصر النهاية والشامل، والفرق أن كلام المغربي في عبدٍ وهو مولّى عليه كالصغير وكلام مختصر النهاية. [2] والشامل في حق كبير بمعنى الرشيد، فتأمله. واعرف أن الأب في ابنه العبد كالأجنبي. على ما مرَّ من كلام ابن القاسم- مِن نقل ابن هشام في المفيد فلا معارضة بينه وبين ما مرّ في صدر البحث أنّ العطية مِن وليّ الصغير له وليّه هو المتولي لحوْزها لقول هبتها: والأب يحوز لصغار بنيه المسألة وقد مرّ ذلك. وعلى هذا فما مرّ في الورقة الثانية عشرة ومائة من الجزء الرابع في مسألة سالم بن سعدون المزوغي حيث جزمتُ بصحة حوز الأم ما وهبه الأب لولده فتح الله

1) كلمة غير مقروءة بالأصل.
2) كلمة غير مقروءة بالأصل.

الصغير السن بإذن الأب لها في ذلك مشكل إنما يجري على قول محمد بن المواز لا على قول ابن القاسم اللذين نقلتُهما في صدر البحث عن سابعة هبة كبير ابن ناجي، فاعرف ذلك، والله تعالى أعلم.

قولي: لكنه إن وقع إكراؤه كان حوْزًا أيضا، إلى قوله: ولا أعلم فيه خلافا في المذهب هذا كله نقلتُه من تاسعة هبة كبير ابن ناجي ونصّه: سمع عيسى رواية ابن القاسم: كراء الأب ما وهبه لابنه الصغير من ربع حوز وإن لم يقل: أكريتُ لابني ولم يُخْرجه لمن يحوزه له. وفي سماع أصبغ: وإن لم يكتب الكراء باسم ولده قال: ومن يكري له إلاّ أبوه، وأنكر قول من قال: لا يجوز أن يكتب الأب الكراء باسم نفسه، وعابَهُ ورآه خطأً، قال: وهو خلاف سنة المسلمين لا أعلم أحدًا من الناس قاله، يريد من أهل العلم.

ابن رشد: مثله قول مالك في رسم، ولا أعلم فيه خلافا في المذهب. ابن زرقون: ذكر أصحاب الوثائق أن الأب إذا قامت بينة في ما تصدّق به على ابنه الصغير مما له غلّة أنه يستغلّ ويدخل الغلة في مصالح نفسه إلى أن مات فصدقتُه باطِلَة كالسكنى إذا لم يُخْلِ الدار حتى مات، ومثله في المدنية لابن كناية: وظاهر المذهب خلافه وأن الصدقة جائزة لأن الكراء إذا كان محمولا على أنه لابنه فإنما استنفذ مال ابنه، وهو قول أصبغ في ثمن الدار إذا باعها الأب بعد أن حوّزها وباعها بيعا مبهما أن ثمنها للابن في حياته وموته.

ابن ناجي وأفتى شيخنا أبو مهدي عيسى الغبريني لأهل الجريد بقول ابن زرقون، ظاهر المذهب خلافه فأفتى بالصحة ولم يَعْزُه، فكرَّروا له الأسئلة وهو يجيب بذلك ففطن منهم أنهم توهّموا أنه وَهِمَ لوقُوفهم على نص الموثقين، فكتب في آخر جوابه: إنّ ما ذكره الموثقون من [118 أ] البطلان لا عمل عليه وإنما العمل على قول الصحة كما

صرّح به ابن زرقون من أن ظاهر المذهب خلافه فلم يراجعوه بعد، انتهى. وفي المسند المذهب في ضبط قواعد المذهب للشيخ الجد -رحمه الله تعالى- ما نصّه: ما أفتى به الشيخ الغبريني هو الأظهر لنقل الملك للابن بوجود سببه وشرْطِه وتصرّفُ الأب بالانتفاع بالغلة بعد تقرّر الملك للابن، وحصوله في الرقبة عداءٌ عليها والعداء على الغلة لا يرفع ملك ما نشأت عنه، انتهى.

قلت: وقفتُ على سؤال بخط الشيخ أبي عبد الله محمد بن قارة الطرابلسي قاضي المنستير في الدولة العثمانية وهو قيرواني الدار وعلى جوابه بخط الشيخ قاضي الجماعة أبي عبد الله محمد الرصاع الأنصاري نصّ السؤال بعد افتتاحه: نصَّ ابن زرقون عن أصحاب الوثائق أنّ الأب إذا قامت عليه بينة في ما تصدّق به على ابنه الصغير ممّا لَهُ غلّة أنه يستغل ويدخل الغلة في مصالح نفسه إلى أن مات فصدَقَتُه باطلة، كالسكنى إذا لم يُخْلِ الدار حتى مات، ومثله في المدنية لابن كنانة قال: وظاهر المذهب خلافه وأنّ الصدقة جائزة ماضية، هل هذا خاص بالصغير، والكبير البائن عن أبيه بخلافه، أو ليس بخاص بالصغير؟ وهل العمل بقول ابن زرقون ظاهر المذهب أن الصدقة صحيحة وبه أفتى سيدي عيسى الغبريني في مدة قضائه أو العمل بقول الموثقين؟ جوابكم عن الفصليْن شافيًا، كان الله لكم، والسلام.

ونص الجواب: الحمد لله، المسألة معلوم ما فيها وأن المتيطي شهَّر البطلان وابن زرقون على خلافه وسيدي عيسى أفتى بالصحّة فعورض بكلام المتيطي فلم يرجع ووقع لابن رشد الصحة وبه أفتى الشيخ ابن عرفة مرارا. وظاهره لا فرق بين الصغير والكبير. وقد وقعت ووقع فيها حكمٌ لقاضي طرابلس، واختلفت الفتوى عليه. والله الموفق، انتهى.

قلت: هذا الحكم كما هو صريحٌ في صدقةٍ فهو يتناول الحبس لأنها أعمّ منه، والقاعدة أن « ما لزِمَ الأعمّ لزِم الأخصّ » ودليل أنها أعمّ قول الشيخ ابن عرفة: الحبس مِن الصدقة، يعني أنها أعمّ منه إذ كلّ حبُسٍ صدقة وليس كل صدقة حبسًا بل بعضها. لأنها إن قارَنَها قيْد التأبيد كجهة لا تنقطع فحبسٌ وإلاّ فصدقة. ألا ترى أنّ الحبس فيه إعطاء الغلة وإن كانت الرقبة باقية على ملك المحبس بدليل الزكاة. ثم قال الشيخ ابن عرفة: قال الباجي: لفظ الصدقة إن أراد به تمليك الرقبة فهو هِبَة وإن أراد به معنى الحبس فهو كلفظه. ابن عرفة: بقي عليه أن لم يَرْوِ أحدهما. وقال ابن رشد: إن قال صدقة على فلان فهو تمليك اتفاقًا، ولو قال حبسا صدقة أو حبسا لا يباع ولا يوهب ففيها بتأبّد. قولي: لأنهنّ لم يبلغن في حياة الأب مبلغ الحوز لأنفسهن هذا لقول أواسط هبتها: والأب يحوز لصغار ولده ومن بلغ من أبكار بناته ما وهبهم هو وأشهد عليه ولا يزول حوزه حتى يبلغ الذكور ويدخل بالبنات أزواجهن بعد المحيض ويُؤْنَس من [118 ب] جميعهم الرشد مع ذلك. فإن مات الأب قبل رشدهم فذلك لهم نافذ وإن بلغوا مبلغا تجوز حيازتهم فلم يحوزوا حتى مات الأب بطلتْ هبة الأب في ذلك. فقوله: فإن مات الأب قبل رشدهم فذلك لهم نافذ هو موضع النازلة لقول السائل في سؤاله ومات الأب والبنات على حال لم يبلغن مبلغ الرشد.

وقولي: وهو مع ذلك غير مفتقر إليه، الضمير المرفوع المنفصل يعود على تصرّف الأم، وإنما لا يفتقر إلى تصرف الأم في تصحيح الصدقة لقول المدوّنة: فإن مات الأب قبل رشدهم فذلك لهم نافذ، فاعرفه. فإن قلتَ: قد جزمتَ بصحة هذه الصدقة وهي خليّة عن القبول مع أنك قد أصَّلْتَ في الورقة السابعة ومائتين من الجزء السادس أنه ركن الماهية. ونقلتَ هنالك عن الشامل: ويشترط قبول الموقوف عليه إنْ

كان معية أهلا[1] لا كالفقراء وأقيم لصغير وسفيه من يقبل كهبة وصدقة. ونقلتها عن شفاء الغليل لابن غازي عن الشيخ ابن عرفة بما نصّه: مضى عمل الموثقين على كتبهم: وتولى الأب قبول هذه الصدقة من نفسه لابنه واحتازها له من نفسه. ونقلتُ أيضا في الورقة الثانية والخمسين من هذا الجزء السابع عن الشيخ الطرابلسي يشترط القبول في حياة الواهب، وأن الرواية الشاذة عن مالك -رضي الله تعالى عنه- أن الهبة لا تفتقر إلى القبول، إلى غير ذلك فكيف جزمتَ بصحة هذه الصدقة بدون القبول ولم تذكر إيقاف صحتها على وجوده؟

قلتُ: إنما جزمتُ بصحة الصدقة ولم نوقف صحتها على وجود القبول اكتفاءً بقولي في صدر جوابي: إذا كان الأمر كما ذُكر، والذي ذُكِر في السؤال هو أنّ عادة بلدهم يكتبون الصدقات على الأصاغر ويذكرون حوز والِيهم ولا يذكرون فيها القبول وهم يعملون بها فهذه عادة جرت وهي توافق قولاً منصوصا وهو قول أشهب والعمل إذا جرى على قول منصوص عُمِل به. بخلاف ما إذا لم يستند إلى قول منصوص فإنه لا يعوَّل عليه حسبما مرّ في الورقة الرابعة ومائتين من هذا الجزء السابع.

ووقع للشيخ الجد -رحمه الله تعالى- عن الشيخين الباجي وابن يونس -رحمهما الله تعالى- أن الحوز غير مستلزم للقبول في الهبة والصدقة عند ابن القاسم قال وعلَّله القرافي في الذخيرة بأنه جزء السبب لأن القبول جزء العقد، والعقد هو السبب لنقل الملك وكل واحد من السبب وجزأيْه يلزم من عدمه عدم المسبب وعُزِي لأشهب للاجتزاء بالحوز عنه، انتهى. اعرف ما في الورقة الثانية والخمسين من هذا الجزء السابع وما في الورقة الثانية والتسعين ومائة منه وما في الورقة الحادية ومائتين من الرابع.

1) كذا وردت الجملة غير واضحة المعنى.

فلمّا أنْ جرت العادة في بلد النازلة بالإجتزاء بالحوز عن القبول وجب العمل بهذه العادة في بلد النازلة وهي موضع العادة لا في بلد غيرها لأن العمل بالعادة أصلٌ مِن أصول مالك -رضي الله تعالى عنه- نقله الشيخ [119 أ] البرزلي في الورقة الحادية والخمسين من نكاحه عن جواب اللخمي غير أن عبارته القضاء بالعرف، لكن العادة والعرف بمعنى واحد. والله سبحانه وتعالى أعلم، وبه التوفيق.

الحمد لله، سألني الفقيه علي اللويزي الصفاقسي في أوائل صفر الخير عام اثنين وألف [1002 هـ / أواخر أكتوبر 1593 م] عن نسخ رسوم ثلاثة تاريخها واحد وضمْنها سؤال. نص الأول منها بعد افتتاحه: تصدقتْ عزيزة بنت محمد ابن الحاج قاسم الأومِي على حفيدتها للبنت الزّيْن بنت ابنتها عائشة من بعلها عبد السلام ابن المعلم محمد البرادعي بناصية لها ثلاث جِعَاب وستّ رؤوس جميعها من فضة منظومة في قُطاية واحدة، وبلوطة شق قصب على حفيدتها الزيْن المذكورة، صدقة بتّة لوجه الله العظيم وابتغاء ثوابه الوافر الجسيم، إنه سبحانه يُجزي المتصدّقين، ولا يضيع أجر المحسنين. صَرَمتْ ذلك من مالها وأبانتْه عن كسْبها وصيّرته بحكم هذه الصدقة مالاً من مال حفيدتها الزين المذكورة. وأذنتْ لوالدها عبد السلام المذكور في حوْزهما لصغرها، فحازهما لها بمعاينة شهيديْه، وشهد عليهما بذلك وهما بحال جائزة وعرفهما بتاريخ أواخر ربيع الثاني من عام ثمانية وسبعين وتسعمائة [978 هـ / أواخر سبتمبر 1570 م] محمد بن محمد القلسي وعثمان بن عمر الكراي.

ونص الثاني بعد افتتاحه: أشهدتْ عزيزة بنت محمد ابن الحاج قاسم الأومي أنها أبرأت بنتيْها عائشة والزرقاء مِن بعلها المتوفّى عنها المعلم محمد بن محمد بالنور الفتوحي في ما صحّ لها بالإرث في زوجها محمد

الفتوحي المذكور وفي ما صحّ لها بالإرث في ابنتها فاطمة شقيقة عائشة والزرقاء المذكورتيْن، براءةً تامة قاطعة شاملة عامة مُسْقِطة لكل دعوى وطلب، بحيث لم تطالبهما في مخلف والدهما[1] المذكور ولا في مخلف أختهما فاطمة المذكورة في نائبها بوجه من الوجوه. وذلك في ما كان والدهنّ تصدّق به في حياته على بناته الثلاثة. وتوفيتْ فاطمة المذكورة فورثها والدها ووالدتها المذكورة وانْجر لها نصيبها بالإرث في ابنتها المذكورة بحيث لم تطالبهما من ذلك بشيء. وشهد عليها بذلك وهي بحال صحة وطوع وجواز أمر وعرفها بتاريخ أواخر ربيع الثاني عام ثمانية وسبعين وتسعمائة [978 هـ / أواخر سبتمبر 1570 م] محمد بن أحمد القلسي وعثمان بن عمر الكراي.

والنص الثالث بعد افتتاحه: أشهدتْ عزيزة بنت محمد ابن الحاج قاسم الأُومي أنّ في ذمّتها ومالها لابنتها عائشة مِن بعلها المتوفى عنها المعلّم محمد بن محمد بن بالنور الفتوحي ثوبًا حريرًا قرمزًا وهو الذي باقٍ عليها عند عقد نكاحها على زوجها المعلم عبد السلام بن محمد البرادعي. وأشهدتْ أنها ارتجعت من ابنتها عائشة المذكورة ثوبًا مِن الطابع مُزَعْفرًا وأنه باقٍ في ذمتها. وأشهدتْ أنّ الثوب القرمز المذكور يكون مخرجا مثل ثوب شقيقتها الزرقاء المذكورة سواء. وأشهدتْ أن في ذمّتها لعائشة [119 ب] المذكورة عقدًا بأربع كراسي من الذهب ونظامه من الجوهر، وأن جميع ذلك باقٍ في ذمتها لابْنتها المذكورة. لابراءة لها من ذلك إلاّ بالواجب. وشهد عليها بذلك وهي بحالتها الجائزة وعرفها بتاريخ أواخر ربيع الثاني عام ثمانية وسبعين وتسعمائة [978 هـ / أواخر سبتمبر 1570 م]. وفي إشهاد عزيزة المذكورة أن جميع ما صحّ لابنتيْها المذكورتيْن من الكراء الذي هو معروف بهما مِن قِبَل

1) بالأصل وردت الجملة بصيغة الجمع عوض التثنية.

والدهما المذكور وغيره جميع ما هو بالصدقة وبالإرث، فإن الكراء باقٍ في ذمتها لهما لا براءة لها من ذلك إلاّ بالعدالة. وشهد عليها بذلك في التاريخ المذكور محمد بن أحمد القلسي وعثمان بن عمر الكراي.

ونص السؤال بعد افتتاحه: جوابكم بعد تأملكم من النسخ الثلاث المذكورة أعلاه. الأولى الصدقة والحالة أنها محازة بالمعاينة، والعادة في بلدهم أنهم يكتبون الصدقات على الأصاغر ويذكرون حوز وليهم ولا يذكرون فيها القبول وهم يعملون بها. ومات الأب الحائز بعد الحوز بمدة السنين وتركها على حال البكارة محجورة لعمها ثم تزوجتْ منذ سنين. وقامت لمدة تقرب من عام على خالتها الزرقاء وادعتْ عليها أنها استعارتْ منها الناصية المذكورة لتجميل ابنتها عائشة وقالت خالتها الزرقاء: الناصية التي عندي ملك أمي عزيزة المتصدقة فيأخذها ورثتها وصاحب وصيتها وأنا من ورثتها وولَدِي بلْفضل هو الموصَى له بالثلث.

وقال ولدها بلفضل: الناصية التي عند أمي الزرقاء هي ناصية الصدقة إلاّ أنها رهنَتْها الزين عند جدّتها عزيزة في قائم حياتها في كرونتيْن ونصف. فهل تصحّ الصدقة المذكورة بحوز الأب الحوز المذكور؟ وهل يُقبل قول الزين في إعادة الناصية التي عند خالتها الزرقاء فتردُّها إليها أو يقبل من خالتها إنكار الإعارة؟ وهل يسقط حق بلفضل في الناصية المذكورة لدعواه الرهنية ويصير حقه فيها بالوصية للزين؟

والثانية إبراء عزيزة لابنتيها عائشة والزرقاء والحالة أنها وصية على بناتها المذكورات مِن قِبَل أبيهن، وهي المتولّية لإكراء الربع الذي كان تصدق به والدهن عليهن وذلك بحكم الإيصاء المذكور منذ توفى والدهن إلى وفاتها. والعادة في بلدهم أنّ الإبراء من الميراث لا يذكرون فيه

القبول وهم يعملون بالإبراء ويأخذون به. فهل إبراؤها صحيح أو لا يصحّ لعدم حوزهما بأنفسهما وهما على الحجر؟ ولم تُرشّدهما أمهما حتى توفيتْ، ولعدم تسمية الشهود أسباب ما وقع فيه الإبراء من مخلّف زوجها الفتوحي، ولعدم ذكر الشهود أيضا في رسم الإبراء أنها وصية عليهما.

والثالثة اعتراف عزيزة لابنتها عائشة ولأختها الزرقاء بالكراء والحالة أنها وصية عليهما مِن قِبَل أبيهما محمد الفتوحي. وقام عاصب عزيزة وبلفضل المُوصَى له بثلثها بعد أن توفيتْ [120 أ] وقَدَحَا في الاعتراف بالثوبين وبالعقد بأنهما حرْمان لورثتها وميْل لعائشة عن بقية الورثة. وادعيا على عائشة بوصول الثوبين والعقد. وقَدَحا في الاعتراف بالكراء بأنها لم تُبيّن قدره فصار مجهولاً، وكيف يخرج من تركتها وهو مجهول قدره؟ فهل تُسْمَعُ هذه القوادح أوْ لا؟ وهل يلزمها يمين على إنكار الوصول في ذلك وفي الكراء؟ وهل اتحاد تاريخ الرسوم الثلاثة يوجب خللاً فيها أو لا؟ جوابكم شافيا تؤجرون، والسلام.

أجبتُ عنه بما نصّه: وعليكم السلام ورحمة الله وتعالى وبركاته. الحمد لله، إذا كان الأمر كما ذُكِر: فأما الصدقَة بحوْز الأب فصحيحة لأنه الحائز لمن إلى نظره في ما تصدّق به أو تصدق به الغيْر. وإن قامت بيّنة على الزرقاء باستعارة الناصية من الزيْن أو قامت بينة على عين الناصية أنها ناصية الصدقة أخذتها الزيْن من يد خالتها وإن لم تقم بينة فالقول قول الخالة مع يمينها لأنها حائزة لها. وصفة يمينها أنّ الزيْن مَالَها عندها ناصية صفتها كذا مِن إعارة ولا مِن غيرها، وأنّ الناصية التي عندها ملك لأمها عزيزة لم تخرج عن ملكها بوجه حتى توفيتْ وتركتها ميراثا عنها. وإذا ثبَتَتْ على بلفضل مقالته المذكورة كان القول قول الزيْن بيمينهما لأنها تدَّعِي نفي الرهنية فتستحق على بلفضل قيمة

ثلث الناصية الذي يستحقّه بالوصية أو تدفع له ثلث الكرونتين ونصف وتأخذ ثلثه من الناصية بلا يمين. ثم تكون مقالته شهادة على أمه الزرقاء وعلى بقية الورثة إذا تمسكتْ بها الزيْن فيكون الثلثان الباقيان لها أيضا على حكم الشاهد واليمين.

وأما الإبراء فصحيحٌ وهو على غير عوض يجري مجرى العطية ولا يوهنه عدم حوز البنتيْن لأنفسهما للحجر الذي عليهما فالحوز في ذلك لأمهما المبرية لأنها وصية عليهما، وعلى هذا فإشهادها المذكور بذلك كافٍ عند ابن القاسم -رضي الله تعالى عنه-. ولا يوهن الإبراء عدم تسمية عزيزة المبرئة آحاد متْروكِ زوجها وعدم تعيينها لذلك لأنّ هبة المجهول من الميراث جائزة على المعروف. وقصارى ذلك أن يكون مجهولا عندها على أنها محمولة على العلم بحال زوجها. قاله في كتاب نهاية التحصيل. ولا يوهن الإبراء عدم ذكر شهوده كون عزيزة المبرئة وصيًا على بنتيْها المذكورتيْن إذا ثبت الإيصاء في نفس الأمر.

وأما رسم الاعتراف فاعلم أنّ دعوى قصد الحرمان لبقية الورثة والميل عنهم فغير قادح في ذلك على ما وقع في جواب الشيخ ابن عبد الخالق وغيره، ودعوى الوصول غير مسموعة إلاّ إذا قامت به بينة، وإن لم تقم به بينة فلا يمين لهم على منكرة الوصول لأجْل حَصْر مورّثتهم عزيزة براءتها في ما ذكرته وجهل قدر الكراء المعترف به غير قادح في الاعتراف به، ويُحمل على مدة إيلائها لأمور [120 ب] ابنتيها. فإن قامتْ بينة للبنتيْن حفظت قدر الكراء بحسبِ الأوقات مُنذ توفي والدهما وتصرّفتْ أمّهما المعترفة عليهما، وجب إخراج ذلك القدر مِن تركتها عملاً بالاعتراف. وإن لم تقم بينة بحفظ القدر فالأم قد اعترفتْ بحقّ ولم تبين قدره فيقال لورثتها: كم هذا الحق الذي اعترفتْ به مورّثتكم؟ فإن قالوا: لا علم لنا به، قيل للمعترف لهما: كم حقكما؟ فإن عرفا

قدره وسمّياهُ حَلَفا عليه وأُعْطَياه، وإن قالتا: لا نعرف والمعترفة هي أحفظ مِنّا له لأنها باشرتْه، قيل لورثة المعترفة: لا تَصِلون إلى شيء من ميراثها حتى تدفعوا إلى هاتيْن المعترَف لهما حقهما منه أو تُقرّوا لهما بما شئتم وتحلفوا عليه، لأنهما قد ثبتَ لهما في التركة حق فلا بد أن يصلا إلى حقهما. وإذا كانت عزيزة المُشْهِدة في الرسوم الثلاثة صحيحة وقت الإشهاد كما ذكر في الرسوم ولا زوج لها إذ ذلك ولم يُحِط الدين بمالها فلا يضرّ اتحاد تاريخ الرسوم المذكورة. والله تعالى أعلم، وبه التوفيق.

تذييل، قولي: لأنه الحائز لمن إلى نظره هذه صدقة من غير الولي للصغير الذي إلى نظره فالحائز له وليُّه ولا يحوزها له المعطي، لقول هبتها: ولا يكون واهبٌ حائزًا للموهوب له إلاّ أب أو وصي أو مَن يجوز أمره. المغربي: هو مقدّم القاضي. ابن ناجي في عاشرة هبة كبيره: قوله أو مَن يجوز أمره يعني كوكيل القاضي، قاله عياض. ولقولها: ولا تكون الأم حائزة لما وهبتْه لصغار بنيها وإن أشهدتْ ولا لما تصدقتْ به عليهم إلاّ أن تكون وصية. ابن ناجي في ثامنة هبة كبيره: هو مِن قول مالك -رضي الله تعالى عنه-. وهذا في ما وهبتْ له، وأما ما وهبه أجنبي لولدها وجعله بيدها فهو حوْز. واختُلِف في الحاضن على ثلاثة أقوال: أحدها ما دلّ عليه قولها وهو لا يحوز إلاّ الأب أو وصيه. ويزيد أو السلطان أو مقدمه وهو نص ابن القاسم وأشهب، انتهى ما يمس منه. ووقع للشيخ ابن عرفة في خامسة هبته عزْو قصْر حوْز المعطي عطيته صغيرًا على الأب ووصيه والسلطان ومقدمه للمشهور. قلتُ: واعرف البحث مرّ في الورقة الرابعة عشرة من هذا الجزء. وأما حوز عطية الولي للصغير فمرّ ذكره في الورقة الثالثة عشرة قبلها وهي للولي أيضا، لكن إذا كانت العطية له من غير الولي فله أن يجعل حوزها على يد غير الولي. ومرّ التنبيه على ذلك في الورقة الرابعة عشرة.

قلت: الحوز للولي في العطية لولده الصغير أو السفيه معناه بالإشهاد على صدقته أو هبته أو حبسه. فالإشهاد يُغْنِي عن إحضار الشهود لها ومعاينتها حسبما مرّ في الورقة الثالثة عشرة. ويأتي الآن في قولي: وعليه فإشهادها المذكور بذلك كافٍ. قولي: إن قامت بينة على الزرقاء بالاستعارة من الزيْن أو قامت بينة على عين الناصية أنها ناصية الصدقة أخذتْها الزيْن هذا لأن القول قول [121 أ] الحائز وعلى القائم المدّعي البينة في المَحُوز إما بينة استحقاق أو بينة باعتراف الحائز بحق القائم.

تنبيه، قولي: إما بينة استحقاق، لازمه أن الحلي يُعرَف بعينه وتقوم الشهادة على عينه لأن الناصية من الحلي. وقد وقع في رهون المدوّنة ما نصّه: وأما الحلي فلا يطبع عليه حذر اللّبس كما يفعل ذلك في سائر العروض لأن ذلك يُعرَف بعينه. ابن ناجي في الورقة الثامنة عشرة من رهون كبيره ما نصّه: يقوم منه أن جميع المصنوعات تُرْهَن وتُقام الشهادة على عينها، انتهى. وفي أوائل الجعل والإجارة ما نصّه: ولا بأس بإجارة حلي الذهب بذهبٍ أو بفضةٍ وأجازه مالك ثم استثقله وقال: ليس بحرام بَيّن وما هو مِن أخلاق الناس، وأجازه ابن القاسم. ابن ناجي: يريد وكذلك حلَيْ الفضة، وإنما أراد بقوله: بَيّنٌ أنه مكروه وليس بحرام. فالكتاب دل على قولين الجواز والكراهة، انتهى. ولابن ناجي في ثالثة كتاب بيع الخيار: مالك -رضي الله تعالى عنه- قائل بكراهة إجارة الحلي مع أنه لا يُعرف بعينه، خلاف قول ابن القاسم بجوازه. وكلاهما في المدونة في كتاب الجعل والإجارة، انتهى.

وقولي: وإن لم تقم بيّنة فالقول قول الخالة مع يمينها إنها حائزة لها، ضمير لها عائد على الناصية. وهذا الفصل قسيم الفصل الذي قبْله المشار إليه بقولي: إن قامت بينة على الزرقاء الخ، والقول قول الحائز

في ما يدّعيه من ملك في مَحوزه إذا خلتْ دعوى مدعيه القائم عن ثبوت الأصل له. اعرف الورقة الثانية والتسعين من الجزء الخامس، وملحقة عليها من مختصر النهاية. وكذلك لو أقاما بينتيْن وتكافأتا في العدالة سقطتا، في الورقة الثانية والثلاثين من شهادات كبير ابن ناجي في قولها: وإن تكافأتا في العدالة سقطتا وبقي الشيء بيد حائزه ويحلف، ما نصّه: ابن يونس إنما يحلف الحائز لأن البينتيْن لمَّا سقطتا فكأنهما لم تكونا وبقيت الدعوى فوجب على المنكر اليمين لقوله -صلى الله عليه وسلم تسليما- (على المدّعي البيّنة، وعلى المنكر اليمين) ثم ذكر أن الشيخ أبا إبراهيم وشيخه البرزلي قالا: إن هذه اليمين يمين استحقاق، وذكر أنه ردّ على شيخه بكلام ابن يونس أنها يمين المنكر، انتهى.

وقولي: وصفة يمينها الخ إنما ألزمتْ الخالة الزرقاء اليمين على الأمريْن نفي دعوى الزيْن وصحة دعواها هي لأنه القول المشهور من القولين. قال في أول بحث تعارض البينتين من الشامل: وهل يحلف على نفْي دعوى خصمه فقط أو مع إثبات دعواه؟ تردَّد وذكرها الشيخ ابن عرفة في الورقة السادسة والأربعين من شهاداته في أول بحث تعارض البينتين عن الإمام المازري إجراءً على الخلاف الواقع في بحث اختلاف المتبائعين ولم يذكر ترجيحًا في القولين. وفي فصل اختلاف المتبايعين من الشامل ما نصّه: وحلف على نفي دعوى خصْمه مع تحقيق دعواه. وقيل على نفي دعواه فقط، انتهى. وإنما زِدْتُ ولا من غيرها بعد قولها في اليمين من إعارة لقول الشامل آخر [121 ب] شهاداته: ونفي سبب عين وغيره كسلف ونحوه على المشهور، وقيل: يكفي ذكر السبب، وعن مالك يكفي: مالَهُ عندي حقٌّ. ثم رجع. وفي شرحه الوسط ما نصّه: قوله: ونفي سببِ عينٍ وغيره، يريد كما إذا قال: أسلفتُه عشرة، فيقول في يمينه: ماله عندي عشرة مِن سلف ولا غيره، فقوله: وغيره

معطوف على سبب فيكون معمولاً لقوله نفي أي أنّ الحالف ينفي السبب الذي يذكره الطالب مع غيره ونص عليه أشهب وسحنون. الباجي: والقياس الاكتفاء بماله عندي عشرة مِن سلف، أشهب: ولو لم يقل ولا غيره لم تُجْزِه اليمين، وقال مالك -رضي الله تعالى عنه- : يُقبل ماله عندي حق، وهو قول عبد الملك، ثم رجع مالك إلى القول الأول الذي ذكره الشيخ وهو المشهور، انتهى.

وللشيخ ابن عرفة -رحمه الله تعالى- في الورقة الثانية والخمسين من شهاداته ما نصّه: الباجي عن أشهب إنْ بيّن المدّعي السبب فأنكر المطلوب وقال أحلف إنه لا شيء له عندي من هذا السبب لم يُجْزِه حتى يقول: ولا أعلم له شيئاً بوجهٍ من الوجوه. قاله أشهب في المجموعة، ونحوه في كتاب ابن سحنون. الباجي: والظاهر أنه يُجْزِيه لأن الطالب لم يطلبه بغير ذلك. قال ابن الحاجب: فإن ذكر السبب نفاه معه على المشهور، انتهى. قلتُ: أصل هذه المسألة ما وقع في القسم الثاني من أقسام جواب الدعوى وهو الإنكار من تبصرة ابن فرحون في الورقة الثالثة والستين منها. ونصه في وثائق ابن العطار: وإذا وقف الطالب المطلوب على حق له قِبَلهُ لم يكن للمطلوب أن يقول لخصمه: لا حق لك قِبلي وإنما يلزمه أن يُقرّ بأصل المبايعة أو السلف أو المعاملة أو ينكره، ومعنى هذا مبني على أنه يجب على الحاكم أن يسأل الطالب مِن أي وجه يدعي عليه الحق الذي يذكره؟ فإن قال: مِن سلَف أو بيْع أو ضمان ألزم المطلوب حينئذ أن يُجيبَ بإنكار ذلك الوجه الذي ذكره أو يُقرّ به ولا يُكتفى منه بأن يقول للطالب: لا حق لك عليّ.

وفي المذهب لابن راشد: اختلف إذا قال لا حق لك عندي، فقال ابن القاسم لا يقنع منه بذلك، وقال مطرف وابن الماجشون: يقنع منه بذلك، وذلك مبسط في الباب التاسع عشر. ثم قال ابن فرحون: إذا ادعى الطالب سلَفًا أو بيعًا لم يَجْزِ المطلوبَ من الجواب أن يقول: لا

حقّ لك عندي حتى يقول: لم تُسْلفْني ما ادعيتَ أو لم تبعْ مني شيئا مما ذكرتَ، رواه ابن سحنون عن أبيه قال: وهو مقتضى قول مالك، قال: وكان ربما قبل ماله منه على حق، وإلى القول الأول رجع مالك أخيرًا، انتهى.

قلت: وذكر في الباب التاسع عشر المذكور فرع إلزام المطلوب أن ينفي في يمينه السّبب المعيّن في دعوى الطالب وغيره، فاعرف ذلك ووقع في الورقة الخامسة والعشرين من ترجمة المديان من البرزلي إثر مسألة خلاف ابن رشد وابن الحاج في الإبراء العام أثَر ذلك الخلع، هل يعمّه وغيره؟ [122 أ] وهو فتوى ابن رشد، أو يخص الخلع ويرفع العموم إلى أحواله، وهو فتوى ابن الحاج ما نصه البرزلي: وتجري عندي على الخلاف في العام إذا خُرّج على سبب ولم يظهر بقرائن الحال لا تخصيصٌ ولا تعميم هل يُقْتَصَر على ما ورد أو يعمّ؟ وكذا الخلاف عندنا إذا ادّعى الطالب على الموهوب دعوى مخصوصة فأجابه المطلوب بجواب يعمّها ويعمّ غيرها، هل يُعمل به؟ وهو قول ابن الماجشون، أو لا يعمل به؟ وهو مذهب ابن القاسم في المدونة.

وصلى الله على سيدنا ومولانا محمد وآخر دعوانا أن الحمد لله ربّ العالمين انتهى.[1]

1) وضع الناسخ خاتمة للمخطوط نصها: انتهى ما وُجد من تقييد الشيخ العالم العلامة أبي الفضل بلقاسم عظوم المرادي في هذا الجزء. وكُتب لمولانا الشيخ الأجْمَل، الفقيه المدرس الزكي الأحْفَل، الفاضل الأكمل أبي حَفص عمر ابن المرحوم عبد السلام الله تعالى-.

كتبتُ وقد أيقنتُ لا شكّ أنني ... ستَفْنَى يدي يوما ويبقى كِتابُها
وأيقنتُ أنّ الله سائلُها غدًا ... فيا ليت شعري ما يكون جوابها؟
فإما نعيم في الجِنان وراحة ... وإما جحيم لا يُطاق عذابها

وكان الفراغ من هذا الجزء المبارك -إن شاء الله تعالى- عشية يوم الخميس في اليوم السابع عشر من شهر رمضان المعظّم قدره بالإنزال مِن عام 1147 هـ [9 فيفري 1735 م] عرَّفنا الله خيره وكفانا شرَّه، آمين.

محتوى الجزء الرابع من أجوبة عظوم

- سؤال من ساسي بن حميدة ملاّك - الساكن قرْب كتّاب الوزير بتونس- في خلاف بينه وبين الطبيب محمد شعيب الجرائحي حول ثلاثة كتب في الطب منها رسالة للشـريف الصـقلّي في معاناة البواسير ، تركهـا الطبيب في بيت السائل الذي أنكرها عندما طُلب في تقـييد اعتراف وجواب بالشهادة. 4
- مسألة متعلّقة بأحكام الغائب منقولة من بعض كُتب الفقه. 6
- سؤال من بلقاسم بن محمد قمر عن قضية معقّدة في توزيع إرثِ أراضٍ وسوانٍ في محيط مدينة سوسة. (في المسألة عرض للعديد من أسماء العائلات السوسية). 7
- سؤال الحاج عمّار ، من باب السويقة بتونس ، عن مسألة أَمَةٍ أساء لها مالكها فطلبتْ منه بيعها فحلف ليبيعنّها، اشتراها منه رجل آخر رغم أنها مدبّرة من الأول. 25
- نصّ وصية معقّدة من التاجر قاسم بوعشور السوسي مع عرض لتطوّرات تطبيقها وتوزيعها. 30
- قضية إرث سالم بن علي عديسة ، من تونس ، وعرضها على قاضي الجماعة وذكر تطوراتها، وفيها اعتراف لوارث في حال المرض. 39
- مسألة محمد بن علي مسلّم في منازعة حول بيع القاضي على غائب. وفي المسألة ذكرٌ لحبس على القراء بالجامع الأعظم بمدينة المنستير. 47

ـ سؤال من قاضي تونس الشيخ محمد بن موسى في قضية إقرار بعتق واستحقاق لأرثٍ في مدينة بنزرت. 58
ـ سؤال من إبراهيم بوعشور الملّوشي السوسي حول إبطال وفسخ زواج بسبب الحجر على المتزوج. 62
ـ سؤال من سعيد الأديب الكيّال بباب السويقة في مسألة نفقة طرأ فيها العجز المالي عن الإنفاق بعد الالتزام به. 70
ـ سؤال من سوسة في قضية عمرى وضعتْها وحّادة بنت أحمد المعموري في بيتٍ قريبٍ من مسجد ابن عبد الوهاب. 77
ـ قضية إشهاد على حصر ملكٍ محبّسٍ ادّعتْ المحبَّس عليها الفقر قصد حلّ الحبس. 82
ـ سؤال وارد من بلد العنّاب (عنّابة) متعلق بدار حازتها امرأة مدة تزيد عن خمس وثلاثين سنة قام ضدّها قائم دون حجّة. وفي المسألة تفاصيل عن أحكام الحوز. 84
ـ سؤال من محمد بن علي جراد عن إرث دار داخل سوسة وأملاك أخرى خارجها وقع الاختلاف حولها من طرف الورثة. 94
ـ قضية رجل مسجون توفي في سجنه فدخل مع ورثته جانب بيت المال. وفي المسألة عرض للأحكام الاعتراف والشهادة بأكثر من سبب. 97
ـ قضية إنكار ديْن بين رجلين رغم ثبوته بالشهود. 110
ـ مسألة فيها اعتراف بدين صدر من رمضان المنستيري الأسير بمدينة بليرمو الإيطالية لعمّتيْه الموجودتيْن بتونس. وقد تعددت في المسألة رسوم الاسترعاء والإشهاد. 113
ـ سؤال بلهادي العطّي من القيروان في خلاف بين زوجين لأسباب مادية نتج عنه ضرب وطلاق بالثلاث نتيجة يمين، ثم البحث عن المخرج من ذلك. 120

- سؤال من عطية بن الجربية - من باب السويقة بتونس - عن مسألة فيها قطع طريق. 123
- سؤال من بنزرت حول قضية رجل محكوم عليه بالإعدام وقبل إنفاذ الحد عليه ادّعى أنّ له مالا أمانة عند رجل آخر منكِر. 123
- سؤال من سوسة عن بيع نصف جنّة مشجّرة بالتين والزّيتون، ثم قام الاختلاف في ذلك بين الورثة والمالكين. 127
- سؤال من أحمد فلفول الحائك بسوق الربع بتونس لأقاربه بقرية جرادو عن مسألة فيها زواج الشغار. 130
- سؤال من قائد سوسة -واسمه مامي وهو مملوك حسين باشا- عن إرث يجمع أملاكًا متعددة داخل سوسة وخارجها. وفي المسألة بطلان شهادة بملك توفّي صاحبه ، وإشهاد للفقيه جمال الدين قاضي جميع بلاد الساحل. 132
- مسألة من سوسة فيها خلع ووصية في مرض، ثم فيها أبطال تحبيس أصول زيتون على مسجد، وذلك لعدم قبول الشهادة فيه. 141
- مسألة امرأة ورجل من بلاد الجريد وردا على تونس وتزوّجا وأنجبا، ثم ظهر أن المرأة كانت مطلّقة ولم تخرج من عدّتها عند الزواج الثاني. 147
- نزاع بين طبقتين من الورثة حول أحقّية السكن بدار محبّسة دون حجة مكتوبة أو سماع. 147
- سؤال من المعلّم عبد الله الحراز- وهو خياط بسوق الربع بتونس -والسؤال متعلّق بالسعي لإبطال بيع دار بسبب قيام دعوى بالاشتراك في الملك ووجود مراوكة سابقة في المبيع بين البائع وأخيه. 159
- قضية من باجة في موضوع سَلَف وأمانة بين أخوين قام بينهما خلاف. 161

ـ أمير تونس الباشا حسين يستفتي المؤلف في خلاف حول بيع دارٍ بمال جزيل – خارج باب الجزيرة بتونس – فظهر بعد انعقاد البيع فساد بئرها بشهادة أرباب البصر. 163
ـ ورثة بلحسن المكمّش بتونس يختلفون حول إشهادٍ بوصية عقدها الموصي المتوفّى، وكانت الشهادة من شهود بلد باجة لا من شهود مدينة تونس التي يقيم بها المورث وفيها الموروث. 183
ـ سؤال ورد على المؤلف من خاله يونس الجربي الفخّار بتونس عن رجل خرج إلى الحجّ فمات بالحجاز فقامت زوجته مطالبة بالنفقة. 188
ـ سؤال من إبراهيم الرملي عن مطالبة أرملة من الورثة بدين لها أثبتته على زوجها المتوفّى. 191
ـ سؤال من عبد الله الساحلي الزواري – من باب السويقة بتونس – متعلق بخلاف حول أملاك أراض مشجّرة بالزيتون. 192
ـ مسألة من تونس تتعلق بخلاف بين زوجين نتج عن عدم دفع باقي الصداق. 196
ـ سؤال من بنزرت في خلاف حول ملْك جنان مغروس عنبًا وتينًا بين أخويْن ، ثم اختلافهما في صلاح وضع التخم لقسمة الجنان. 201
ـ امرأة تنقض عقد بيعها لموضع زيتون بتونس وذلك بسبب غش وتلاعب الدلال. 206
ـ سؤال من سالم بن سعادة بن فاضل بمدينة تونس – باب السويقة –عن قضية فيها إقرار بحق أختٍ في إرثٍ من أخيها للأم. 208
ـ مسألة من باجة حول قضية رجل اسمه علي الرمّاني جُرح بأعلى رأسه ففشلت يده اليسرى ووقعت مصالحته من جارحه. ثم بعد ذلك بطلت اليد وأصبح يسقط مغشيا عليه. 208

- المسألة الأجلطية : هي فريضة إرث امرأة اسمها مسعودة الأجلطية تركت سبعة عشر ملكًا موروثًا، منها قِطعُ أرض بيضاء وقطع مشجرة ودور وجميعها يقع في الناحية الشمالية الغربية من مدينة تونس. (في هذه المسألة يوجد العديد من أسماء الأماكن والأشخاص والعائلات). 216
- نقل مسألة فقهية متعلّقة بالهبة لصغير دون البلوغ. 222
- سؤال الخروبي اللواتي - من أهل القلعة الكبيرة بالساحل - حول تصحيح قسمة في أملاك موروثة. 223
- سؤال من قاضي تونس، واسمه حسن بن رسوم عن نزاع بين الأجوار حول ضرر الرحى اللاحق بالبيوت المجاورة، والالتجاء إلى أرباب البصر. 236
- نقل مسألة تذكر حكم ضرر دور الدبغ بداخل القيروان. 239
- نقل مسألة عن ضرر صناعة الخل في التجمّعات السكنية، وغير ذلك، مثل ضرر الحمامات والأفران والدواب ومحلاّت الحدادين والقصّارين والكمّادين، وغير ذلك. 240
- سؤال من علي الجلولي بصفاقس عن خلاف قام بجزيرة قرقنة بين مختلف المالكين لأرض. 246
- سؤال من عبد الملك بن تركية - من باب الجزيرة بتونس - عن التزام الزوج لزوجته بتحريم تزوجه عليها بأخرى ما دامت هي في عصمته. 252
- مسألة تتناول تمكين الوصي من الاحتياط لحوائج الموصى عليها رغم أنها تحت زوج. 261
- مسألة إرث قامت فيه منازعة بسبب طول مدّة الحوز 262
- سؤال من الفقيه علي الزاوي حول إبطال وثيقة بيع أملاك داخل مدينة سوسة وخارجها، وعلى الوثيقة قدح في كل واحد من الشاهدين 281

ـ خلاف بين زوجين اشتدّ حتى سكنت المرأة في دار جيّديْن، وامتنعت عن زوجها، ثم نفر منها ابناها وعاشا مع أبيهما، وطلبت المرأة نفقتهما رغم أنهما لا يعيشان عندها. 284
ـ إعادة لنفس المسألة السابقة بأسلوب مغاير. 289
ـ سؤال من محمد الشريف الحسني – وهو طبيب المؤلف – عن خلاف بين زوجين وقع فيه يمين بالطلاق، وكانت المرأة معلّمة تعلّم البنات صناعة الطرز. 294
ـ سؤال عثمان الجبالي – من بنزرت – عن خلاف بين زوجين ويمين بالطلاق. وكانت المرأة أعطتْ أخراصها من فضّة لرجل آخر على وجه السلف. 298
ـ مسألة والدٍ تصدّق بأملاكه على أولاده فتصدّقوا بها على أولادهم. 299
ـ سؤال حول عملية تجارية وقع الإشهاد عليها في سوق الجزّارين بمدينة بنزرت. 300
ـ سؤال أحمد المكي – من باب السويقة بتونس – عن الأشخاص الذين لهم حق زيارة المرأة التي تعيش في بيت الزوجية. 302
ـ سؤال من أحمد السطلي الرادسي عن قضية رجل التزم لزوجته أنّ لها أن تطلّق كل امرأة يتزوجها عليها. 303
ـ خلاف حول سلف وديْن في أرض بيضاء أقطعها أحد الأمراء لمحمد المومني. 304
ـ سؤال من ربض أولاد المصفار بالقيروان عن ردّ بيع دار هناك بسبب جهالة قدر المبيع. (في المسألة أسماء كثير من العائلات القيروانية). 307

- حادث وقع في احتفال نقل عروس من بلد إلى آخر عندما أُطلقتْ المكاحل الحربية - على وجه الملاعبة - فقُتل رجل من أهل المكاحل خطأ، فأُجرِيَ البحث بتطبيق الرصاصة على مختلف المكاحل لمعرفة السلاح الذي انطلقت منه. 315

- سؤال الحاج قاسم الشلّي عن تحديد المسؤولية في موت أحد العمال نتيجة لإصابته بحجر كبير سقط عليه في مرمّة بإحدى ديار سوسة. 318

- توكيل ولد مسافر لوالده أن ينوبه عن كلّ أموره، ومن ذلك طلاق زوجته. وفي المسألة حكم نفقة الوالد على زوجة ولده. 326

- مسألة فيها عرض أحكام الديون التي للميت والتي عليه. . . . 328

- سؤال الحاج قاسم الشلي نيابة عن أهل مدينة تبسّة حول مجموعة من القضايا المتعلقة بعقود مثبتةٍ للملك والقسمة لأملاك وجنان أصابها الخلل لأسباب مختلفة. (بعض العقود تعود إلى القرن الثامن الهجري). 330

- سؤال الحاج قاسم الشلي عن نصّ وصية عامة لأملاك عديدة في مدينتيْ تونس وسوسة، ثم أرادت الموصية أن ترجع عن وصيتها 345

- مسألة إرثٍ معقّدة حدثت بتونس، فيها نزاع حول التعجيل بإخراج ديْن بعد الوفاة. أطال فيها المؤلف وأكثر من النقول والاستدلالات. 359

- سؤال من الفقيه علي اللويزي الصفاقسي حول رسم صدقة والد على بناته أملاكًا عديدة في أسواق صفاقس، فقام أحد الورثة يقدح في الصدقة لكون المورّث مات في وباء بعد سنة من الإشهاد على ذلك. (في المسألة تفاصيل عن الحوز وأحكامه). 375

ـ سؤال آخر من الفقيه علي اللويزي الصفاقسي حول رسوم أشهدتْ عليها عزيزة بنت محمد الأومي: منها رسم صدقتها على حفيدتها الصغيرة مجموعة من الحلي ، ومنهـــا إبراؤها لبعض بـــناتها في ما ينـــوبها من إرث زوجها، ومنـــها اعترافـــها بأن في ذمّتها لإحدى بناتها ثوبًا حريرًا قرمزًا. 388